



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE ESTUDIOS DE DOCTORADO EN DERECHO 5070
FACULTAD DE DERECHO**

**ENTRE LA RAZÓN Y LA ARBITRARIEDAD,
UN CAMINO HACIA LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA**

**TESIS QUE PARA OPTAR POR EL GRADO
DE DOCTOR EN DERECHO**

PRESENTA:

MIGUEL MENDOZA MONTES

TUTOR PRINCIPAL:

**DR. ÓSCAR CORREAS VÁZQUEZ, CENTRO DE INVESTIGACIONES
INTERDISCIPLINARIAS EN CIENCIAS Y HUMANIDADES.**

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR:

**DR. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT, INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

DR. ENRIQUE DÍAZ ARANDA, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

**DR. JORGE ULISES CARMONA TINOCO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS.**

MÉXICO D.F. ABRIL DE 2013.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| INTRODUCCIÓN | 4 |
| CAPÍTULO 1 | |
| RAZÓN Y ARBITRARIEDAD | |
| 1. Razón, arbitrariedad y sentido común | 13 |
| 1.2 ¿Política orientada en emociones? | 21 |
| 2. El participante, el afectado y el observador | 24 |
| 2.1 El participante | 24 |
| 2.2 El observador | 25 |
| 2.3 El afectado | 26 |
| 3. Justificación interna y externa | 30 |
| 4. Conceptos de razón y arbitrariedad | 42 |
| 5. Razón y verdad | 56 |
| 6. Razón ideología y religión | 59 |
| 7. La razón jurídica crítica | 65 |
| 7.1 La razón crítica y el observador, el caso del anatocismo. | 72 |
| 8. La fe en la razón | 75 |
| 9. Resumen | 83 |
| CAPÍTULO 2 | |
| JUSTIFICACIÓN INTERNA | |
| 1. Ontología de los enunciados normativos y fácticos. | 87 |
| 1.2 Funciones descriptiva y directiva. | 100 |
| 2. Argumentación judicial y lógica. | 112 |
| 3. Argumentos inductivos. | 116 |
| 4. Argumentos deductivos. | 119 |
| 4.1 Principios lógicos | 125 |
| 5. Lógica proposicional y tablas de verdad. | 128 |
| 6. Lógica deóntica | 133 |
| 7. Resumen. | 138 |

CAPÍTULO 3
EL PARTICIPANTE Y LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA

| | |
|--|-----|
| 1. La razón en la antigüedad | 141 |
| 2. El logos griego | 143 |
| 3. La retórica. | 147 |
| 3.1. La Tópica. | 149 |
| 4. Racionalismo-irracionalismo. | 150 |
| 5. La ciencia de las emociones. | 153 |
| 5.1. La amígdala, un codificador biológico. | 159 |
| 5.2. La corteza cingulada anterior y corteza prefrontal. | 160 |
| 6. La intuición en el razonamiento judicial. | 162 |
| 7. Las virtudes judiciales. | 180 |
| 8. Resumen. | 185 |

CAPÍTULO 4.
JUSTIFICACIÓN EXTERNA, SISTEMA NORMATIVO Y
SISTEMA SUBSIDIARIO

| | |
|--|-----|
| 1. Sistema normativo | 188 |
| 1.1. Neoconstitucionalismo | 191 |
| 2. El camino hacia el neoconstitucionalismo en México | 201 |
| 2.1 El nuevo juicio de amparo | 207 |
| 3. Sistema subsidiario, control difuso de constitucionalidad y control, de convencionalidad | 211 |
| 4. Democracia y Jurisdicción Constitucional | 228 |
| 5. Derechos humanos y jurisdicción internacional | 237 |
| 6. Sistema Interamericano de derechos humanos | 242 |
| 6.1 Efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno | 243 |
| 7. Derecho comunitario | 248 |
| 8. Resumen | 251 |

CAPÍTULO 5
LA MORALIDAD EN EL SISTEMA NORMATIVO Y SU
SISTEMA SUBSIDIARIO

| | |
|--|-----|
| 1. Positivismo-naturalismo | 254 |
| 1.1 El debate Hart Fuller | 258 |
| 1.2 El debate Hart-Dworkin | 260 |
| 2. El fundamento de los derechos humanos | 266 |

| | |
|---|-----|
| 3. Concepto de principios jurídicos | 271 |
| 4. Principios en el sistema normativo mexicano y su sistema subsidiario | 273 |
| 5. La aplicabilidad de los principios, ponderación y juicio de proporcionalidad | 285 |
| 6. La teoría de R.M. Hare sobre el razonamiento | 292 |
| 6.1. Superveniencia y Universalización | 293 |
| 6.2 El razonamiento moral | 298 |
| 7. Resumen | 301 |

CAPÍTULO 6

MODELO DE DECISIÓN JUDICIAL

| | |
|--|-----|
| 1. Modelo de decisión judicial | 303 |
| 1.1 La elección de una norma válida | 306 |
| 1.2 Decisión sobre el significado de la norma jurídica aplicada | 308 |
| 1.3 Decisión sobre la evidencia | 313 |
| 1.4 Subsunción | 316 |
| 1.5 Decisión jurídica final | 316 |
| 2. Justificación externa de validez. | 316 |
| 2.1. Validez sistémica. | 316 |
| I. Reformas a la Constitución | 316 |
| II. El artículo 333, fracción VI de la Ley General de Salud | 325 |
| 2.2 Validez axiológica. | 330 |
| I. La jurisprudencia vs. Valor axiológico de los Derechos Humanos. | 330 |
| 3. Justificación externa sobre interpretación | 335 |
| 4. Justificación externa sobre las consecuencias | 337 |
| I. El artículo 86 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla | 337 |
| 5. Notas sobre los problemas de evidencia para el sistema penal acusatorio | 341 |
| 6. Resumen | 349 |

CONCLUSIONES 351

BIBLIOGRAFÍA

| | |
|---------------------------|-----|
| Fuentes Bibliográficas | 364 |
| Diccionarios | 373 |
| Revistas | 373 |
| Fuentes Electrónicas | 373 |
| Fuentes Jurisprudenciales | 374 |

INTRODUCCIÓN

El título “Entre la razón y la arbitrariedad, un camino hacia la justificación externa”, obedece más que nada, a la idea de un camino que tiene dos senderos: el de la justificación interna y el de la justificación externa. El primero es más corto que el segundo, aunque los dos, necesariamente habrán de encontrarse. El recorrido de ambos se convierte en una búsqueda permanente por respuestas a interrogantes que combinan a la razón formal, cercana al cálculo propio de una máquina, pero a la vez, al corazón humano que es capaz de compadecerse del dolor y la miseria ajena, de conmoverse con la sorpresa y la mirada amistosa. ¿Qué es lo arbitrario y qué lo racional? No son lejanas las respuestas. Las hallamos en nosotros mismos, en nuestra capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo equitativo y proporcional. Podemos renunciar a la expectativa de arribar a una sola respuesta para casos verdaderamente dudosos, en los que las interpretaciones puedan llevar a extremos irreconciliables, pero jamás habrá que renunciar a la razón. De otro modo, la humanidad se queda con muy poco, no hay esperanza en la construcción de una sociedad más homogénea y justa.

La solución de problemas jurisdiccionales en la instancia constitucional; en ocasiones está dada por la simple aplicación de la norma al caso concreto; es suficiente una justificación interna en donde la conclusión derive de las premisas. No obstante, en otros casos, la comprensión del texto normativo y la demostración de los hechos, imponen problemas más complejos que requieren de directivas para encontrar la solución que mejor se ajuste a los valores del estado de derecho, como la dignidad, el principio pro homine, la igualdad, la libertad, la equidad, o el sentido de justicia. Este nivel de complejidad amerita el uso de la razón en la construcción de premisas para que estas se acepten, al encontrarse externamente justificadas.¹

¹ Véase, subcapítulo 3, del capítulo 1, p. 30.

La justificación externa exige para el participante², una comprensión: del sistema jurídico, de su evolución, operatividad, de las normas y principios que fijan sus expectativas, su dimensión humana y ética; del entendimiento de que los principios involucran valores o consideraciones morales que pueden entrar en conflicto; de los avances científicos, que han revelado que no puede desarrollarse un razonamiento moral, sin la sana percepción de las emociones y consecuentemente, de la importancia de encontrar en éstas a la dignidad humana, como punto de encuentro entre el participante, el observador y el afectado.

Por tanto, el problema de la justificación externa debe analizarse, en principio, desde la perspectiva del participante; éste, debe asistirse de criterios de validez que no forman parte del razonamiento explícito. Sin embargo, lo ubican en un contexto en el que el uso de la discrecionalidad, por razones de tipo histórico, filosófico, ético y sociológico, debe guiarse en un sentido en el que al derecho se vincule, necesariamente con su sentido moral y humano. De otro modo, sin alguna guía para el razonamiento, en los espacios abiertos a la discrecionalidad, una decisión podría tornarse en arbitraria al distanciarse de manera evidente de las expectativas sobre las que se funda el sistema jurídico y su valor intrínseco.

En segundo término, el participante ha de valerse de criterios de orden técnico, a través de una argumentación justificada internamente, que le permita de manera expresa, dejar constancia de la apropiada selección del significado de las normas o de los principios empleados en la justificación externa. Esta tarea compagina a las directivas de validez implícitas al participante, como las explícitas al afectado y al observador; con las que éstos podrán validar desde su propia perspectiva, si una decisión puede ser calificada como racional o arbitraria, según si sus consecuencias, colman o no, las expectativas que exija el sistema normativo. El participante, debe igualmente evaluar las consecuencias de su justificación externa, desde una visión crítica que incluya al observador y al

² Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ed. Gedisa, Barcelona 2004. La distinción entre la perspectiva del participante y la perspectiva del observador, es semejante a la del punto de vista interno y a la del punto de vista externo del derecho. La primera, se refiere a quien dentro de un sistema jurídico elabora una argumentación sobre lo que el propio sistema ordena como prohibido, permitido o autorizado. La perspectiva del observador, es la de quien se pregunta cómo se toma una decisión en el marco de ese sistema jurídico, pp. 31-32.

afectado, que le permita atender con objetividad, el rumbo que sigue su decisión, ya que podría estar operando en el marco de una razón desviada, que lo llevará a una arbitrariedad.

Es importante, precisar que la justificación externa, en el marco del sistema jurídico mexicano, ha adquirido una nueva dimensión con motivo de las reformas a la constitución política, publicadas el 6 y 10 de junio del año 2011 en el Diario Oficial de la Federación, y en consecuencia, los criterios de validez implícitos y explícitos, deben ocuparse de un sistema de normas y principios de mayor dimensión, que incluso, podría generar tensiones entre el derecho interno y el derecho internacional sobre los derechos humanos.

Ahora, en México, por mandato del artículo 1º de la constitución, todas las autoridades y particularmente aquellas facultadas para ejercer un control de la constitucionalidad de actos, omisiones y leyes deben considerar un marco normativo que rebasa los límites del derecho interno. Por eso es necesario, más que nunca, encontrar fórmulas que fijen directivas para la interpretación del derecho que respondan a las nuevas exigencias.

Este trabajo busca encontrar a partir de las directivas precedentes, pautas que auxilien en la labor judicial de resolver casos difíciles, aquellos que presenten problemas sobre la validez de la norma, conflictos entre normas, lagunas, interpretación de significados, o valoración de los hechos.

Lo anterior, primero, a partir de la delimitación de criterios de validez implícitos al participante, que le permitan entender los procesos del razonamiento con valores morales desde el punto de vista científico; cómo se contrasta lo razonable de lo arbitrario, cual es la función de las emociones y de las virtudes en el uso de la discrecionalidad; asistirse de guías sobre los componentes del sistema jurídico, y sus peculiaridades; aspectos filosóficos, históricos, sociológicos y éticos, que ahora se conjugan en el encuentro del neoconstitucionalismo, pero también criterios de validez explícitos, que colmen las expectativas en que se funda el sistema jurídico en una sentencia fundada y motivada, congruente y exhaustiva. De forma específica se propone resolver los problemas que se listan:

1. ¿Qué es lo racional y qué es lo arbitrario?

2. ¿Qué se entiende por justificación interna y externa?
3. ¿Cómo se verifica la justificación interna?
4. En la justificación externa, ¿qué factores influyen de forma implícita en el participante para controlar la discrecionalidad?
5. ¿Cómo funciona un sistema normativo?
6. ¿Cómo se estructura el sistema normativo en México?
7. ¿El sistema normativo tiene relación con la moral?
8. ¿Cómo se deben emplear los principios en el sistema jurídico mexicano?
9. ¿Cuáles directivas explícitas de validez y de evidencia que deben incorporarse al modelo de decisión de Jerzy Wróblewsky, en la justificación externa?

Las hipótesis o posibles respuestas a las preguntas precedentes puedan encontrarse en distintos campos que han de converger en el hallazgo de herramientas cotidianas para el trabajo judicial, bien en aspectos implícitos a la justificación externa, que el participante puede emplear como directivas para el uso de la discrecionalidad en casos difíciles; o en nociones técnicas que deben reflejarse en la tarea de la justificación externa.

I. Los aspectos implícitos, se orientan a encontrar:

a) Una comprensión sobre la razón, la arbitrariedad, la razón crítica; una comprensión de aspectos históricos, filosóficos, jurídicos y sociales, vinculados con el ejercicio del poder público en las decisiones jurisdiccionales; pero principalmente, una visión amplia sobre los derechos humanos en el contexto de un mundo globalizado por un lado, cuyo eje rector es la dignidad humana, y el razonamiento crítico en el contexto del derecho interno y externo, por otro.

b) El conocimiento sobre las corrientes racionalistas e irracionalistas, el reconocimiento de los principios jurídicos como directivas de contenido ético y el proceso de razonamiento ético, desde su aspecto biológico y desde su aspecto filosófico.

c) Asimismo, es necesario asistirse de un modelo de interpretación del sistema jurídico y de su relación con la moral, que supone un punto de conexión

entre los valores éticos contenidos en los principios jurídicos y la solución de casos difíciles.

Los valores éticos, constituidos en principios jurídicos o en consideraciones morales emanadas de la interpretación de las normas, son más que enunciados o directivas para resolver casos difíciles; involucran emociones que humanizan el trabajo del participante y resultan decisivas para encontrar un punto de equilibrio en la individualización de la ley al caso concreto.

No hay razonamiento moral sin emociones; estas conforman un requisito esencial que se ha pretendido incorporar, a través de los códigos de ética con miras a fortalecer las virtudes judiciales; las emociones, son tan importantes que incluso sistemas de inteligencia artificial, buscan incorporarlas, para que las máquinas puedan razonar sobre lo que es correcto, bueno o malo, moral o inmoral, justo o injusto, proporcional o desproporcional.

d) Conforme a lo anterior, se podrá arribar a la hipótesis de que una justificación racional, se aproxima a una respuesta previsible según deje a salvo, en la mayor medida posible, las consideraciones morales que subyacen en las diversas soluciones que pueda ofrecer el contexto jurídico interno e internacional, al resolver problemas derivados de las normas o de los hechos.

e) Lo arbitrario puede considerarse, en cambio, como una oposición al núcleo duro de las consideraciones éticas que puedan derivar de la interpretación de las normas del estado social y democrático de derecho y del sentido moral que rige la concepción de los derechos humanos en una visión universal; o bien, una confrontación evidente a los principios que orientan la interpretación de los hechos.

II. Los aspectos explícitos de la justificación externa.

Este panorama, presenta algunas alternativas ya desarrolladas por teorías de la argumentación jurídica que fijan una distinción entre casos fáciles y difíciles; retoman las fórmulas de lógica formal y material y revaloran a la retórica, a la tópica y a la semiótica, como opciones viables para la reconstrucción de significados compatibles con el estado social y democrático de derecho, vinculado a un mundo globalizado.

f) Paralelamente, la distinción sobre los diferentes problemas jurídicos, propuesta por Jerzy Wróblewski, relacionados con la validez; el significado de la norma; la interpretación de los hechos y las decisiones vinculadas a las consecuencias jurídicas, ofrecen un compendio ordenado de alternativas para clasificar cada caso, según sus particularidades, en el contexto de la justificación judicial.

El primer capítulo, contiene un marco conceptual en el que la primera aproximación apela a la idea del sentido común para diferenciar lo arbitrario de lo racional; junto con el sentido común, se propone considerar a los sentimientos que evocan hechos que hablan por sí mismos. Se precisan los conceptos de razón; arbitrariedad; participante; afectado; observador; justificación interna; externa; principio jurídico; razón como principio; razón y verdad; razón, ideología y religión; razón crítica; y, la fe en la razón. Los temas de este primer capítulo conforman la base a partir de la cual se explora en la visión del participante. Se destaca de este capítulo la idea de que la razón en la justificación externa, debe ser entendida como un principio fundado en la previsibilidad de una decisión, conforme a una selección de significados que colme las expectativas de un sistema normativo. El capítulo introduce ejemplos en el apartado de la razón y el sentido común, así como en el de justificación interna y externa.

En este capítulo se parte de dos conceptos sobre razón y arbitrariedad, que sirven de hilo conductor al desarrollo de los demás temas. Se emplean letras para abreviar las palabras: caso fácil, F; caso difícil D; participante, P; afectado, A; observador, O; derecho válido, V; sistema, S; sistema subsidiario, S1; hecho, H.

Los conceptos de razón y arbitrariedad para los casos fáciles aparecen en la página 55.

En los casos difíciles, se diría que D, es racional porque es previsible que P argumentara a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema DV de S o S1, o el problema DH, conforme a los criterios de interpretación de V de S o S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV o DH, es próxima a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.

Por el contrario se diría que la decisión D, es arbitraria porque es imprevisible que P argumentara a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema DV de S o S1, o el problema DH, conforme a los criterios de interpretación de V de S o S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV o DH, es lejana a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.

El capítulo segundo, se concreta al tema de la justificación interna, se explica que los enunciados normativos y fácticos pueden interpretarse a partir del lenguaje. Con el lenguaje, en sus distintas funciones sintáctica, semántica y pragmática, se pueden fijar conceptos que si bien, no tienen una correspondencia necesaria con la realidad, sí pueden construir proposiciones con las que puede desarrollarse un argumento deductivo. Se explica la diferencia entre un argumento deductivo e inductivo, este último relacionado con los hechos; asimismo, se incluye un ejercicio en el que se desarrolla una comprobación formal de la estructura lógica de una tesis de un Tribunal Colegiado, sobre la sociedad legal y con otro ejemplo sobre el ejercicio del derecho de petición, se aplican las fórmulas de la lógica deóntica, para comprobar la validez formal del argumento.

El capítulo tercero, se incluyen explicaciones sobre las corrientes filosóficas, racionalistas e irracionalistas, se definen el razonamiento endoxa y el razonamiento doxa, el primero que corresponde a las ciencias duras, mientras el segundo a lo opinable. En lo opinable se ubica al razonamiento jurídico como un tipo de razonamiento práctico en donde tienen utilidad las técnicas argumentativas propuestas por la retórica, la tópica y la semiótica. Se señala la importancia de romper con la idea de *logos*, que implica la separación de la razón y las emociones; esto, con motivo de los hallazgos de neurobiólogos, quienes han reportado que para el razonamiento, son esenciales las emociones. En este aspecto se explica que la amígdala permite producir serotonina, que está relacionada con los sentimientos de culpa, justicia y prudencia. De aquí se pone énfasis en la intuición y en las virtudes judiciales, como alternativa para incorporar un sano entendimiento de las emociones, en la toma de decisiones difíciles;

principalmente en el razonamiento subjetivo del participante, en donde debe evaluar las consecuencias de su decisión desde las perspectivas del afectado y del observador. La compasión, siguiendo a Schopenhauer es superior a la justicia, pues no se limita a no hacer el mal, sino a procurar el bien. La principal emoción que orienta a la compasión es la empatía, en donde debe residir la verdadera vocación del participante.

En el capítulo cuarto, se continúa con los aspectos implícitos que debe conocer el participante para justificar casos difíciles. En lo particular referentes al sistema normativo. En este apartado se destaca la importancia del sistema normativo y el sistema subsidiario sobre derechos humanos; se desarrolla una explicación sobre el neoconstitucionalismo y su evolución en México; se comentan los cambios al juicio de amparo y se desarrolla un recuento de precedentes, derivados de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conocida como caso Rosendo Radilla Pacheco, que definen las transformaciones más relevantes al sistema jurídico, en materia de control difuso de la constitucionalidad y control de convencionalidad; también se destaca el papel de la jurisdicción en una democracia constitucional y se da una explicación sobre el sistema universal y el sistema regional de protección de derechos humanos.

En el capítulo cinco, se expone la relación entre el derecho y la moral, partir de los temas: positivismo-naturalismo; los debates: Hart-Fuller; Hart-Dworkin; y el fundamento de los derechos humanos, que llevan al entendimiento de los principios y su aplicabilidad mediante la ponderación y el juicio de proporcionalidad; así como la teoría sobre el razonamiento moral de R.M. Hare, quien precisa que existen dos niveles: uno que se refiere a la determinación del enunciado prescriptivo, en donde puede participar la intuición para la calificación de los significados; y otro, un nivel crítico en donde se deben evaluar las consecuencias según si éstas pueden conducir a un enunciado universal cuyo resultado se admita en cualquier posición, la del participante, la del observador o la del propio afectado, es decir, hay que ubicarse en el lugar del otro y en todas las posibilidades alternativas.

El sexto capítulo, propone como solución técnica a la justificación externa el modelo de decisión judicial de Wróblewsky; esto, a partir de la clasificación de los distintos problemas que requieren de una decisión judicial: problemas de validez, problemas sobre el significado de la norma, problemas sobre los hechos del caso y problemas sobre las consecuencias de la decisión final. En lo siguiente, se explica con casos concretos problemas relacionados con la validez; sistémica y axiológica; se aclara que no se incluye algún caso sobre validez factual, pero se hacen unas notas sobre algunos problemas que se presentarán con el sistema acusatorio penal; también se explica un caso de interpretación vinculado a una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y uno más, que refleja un problema sobre las consecuencias jurídicas.

Finalmente, las conclusiones llevan a conjugar la relación de los capítulos y subtemas que se desarrollan a lo largo del trabajo. En éstas, queda claro que los criterios de validez que deben considerarse para la justificación externa, rebasan el mundo de la subsunción y ponen al juez constitucional, en el centro de las decisiones más sensibles de la dignidad de la persona en un contexto universal y en medio de las fuerzas políticas que entrecruzan intereses y decisiones que deben calificarse en un punto dado, entre la razón y la arbitrariedad.

Las conclusiones se presentan en dos columnas, una que corresponde a la razón y otra, a la arbitrariedad, en ellas se destaca alguna característica o propiedad a partir de las cuales se puede diferenciar lo razonable de lo arbitrario, aunque vale aclarar que algunas conclusiones sólo se concretan a precisar una secuencia de acontecimientos históricos, los cuales se presentan en un sentido evolutivo, en donde se marca un paso de lo arbitrario a lo racional, en una sucesión de eventos.

Las notas de textos en idioma inglés han sido traducidas por el tesista, con la indicación, trad.MMM.

CAPÍTULO 1

RAZÓN Y ARBITRARIEDAD

1. Razón, arbitrariedad y sentido común. 1.2. ¿Política orientada en emociones? 2. El participante, el afectado y el observador. 2.1. El participante. 2.2. El observador. 2.3. El afectado. 3. Justificación Interna y Externa. 4. Conceptos de razón y arbitrariedad. 5. Razón y verdad. 6. Razón, ideología y religión. 7. La razón jurídica crítica. 7.1. La razón crítica y el observador, el caso del anatocismo. 8. La fe en la razón.

*Do unto others as you would have them do unto you.*³

1. Razón, arbitrariedad y sentido común

¿Es posible que el sentido común nos pueda orientar sobre lo que es racional y lo que es arbitrario?

No son ajenas a la experiencia común las ideas sobre lo racional o lo arbitrario. De hecho, la vida cotidiana se conduce entre ambos extremos; por eso, es fácil considerar algunos eventos que pueden catalogarse como racionales o arbitrarios, apelando con ello, al sentido común.

Es cierto, puede parecer aventurado adentrarse en el terreno del sentido común. Muchas personas creen imposible fundar una opinión en esta dirección porque hay una variedad de maneras de pensar que hacen irrealizable esa compatibilidad.

Probablemente sería más sensato vincular al sentido común con los sentimientos de indignación o compasión que puedan emerger de algunos acontecimientos que hablan por sí mismos. Así, resulta más fácil evocar un sentimiento compartido, que una generalización controvertida.

El libro de Thomas Paine, puede interpretarse en este mismo enfoque, pues se llama, precisamente, *El Sentido Común*. Este libro constituyó un detonador de

³ La regla de oro, es común en distintas culturas y el fundamento de los derechos humanos. Haz para otros, lo que quisieras que hicieran por ti. El texto aparece en un mural de mosaico, elaborado por el artista Norteamericano, Norman Rockwell, en el tercer piso del edificio de las Naciones Unidas.

los ideales independentistas de las colonias norteamericanas. En este texto se dice que las sociedades son una bendición; en tanto que el gobierno, es un mal necesario y en el peor de los casos se torna en algo intolerable, ¿es difícil entender un gobierno intolerable? ⁴

Claro, se puede creer que las emociones, como lo intolerable, no forman parte del mundo racional. Así lo creyeron los griegos en la antigüedad. Desde entonces, se ocuparon de seccionar al hombre en dos partes, la superior, el logos y la inferior, las pasiones. La fuerte raíz de donde deriva esta creencia subsiste hasta nuestros días. ⁵

David Hume hablaba de que el conflicto entre la pasión y la razón, ha estado presente en la filosofía, antigua y moderna:

Nada es más corriente en la filosofía, e incluso en la vida cotidiana, que el que, al hablar del combate entre pasión y razón, se otorgue ventaja a esta última, afirmando que los hombres son virtuosos únicamente en cuanto que se conforman a los dictados de la razón. Toda criatura racional, se dice, está obligada a regular sus acciones mediante la razón. Y si algún otro motivo o principio desafía la dirección de la conducta de esa persona, ésta tendrá que oponerse hasta someterlo por completo, o al menos hasta conformarlo con aquel principio superior. La mayor parte de la filosofía, sea antigua o moderna, parece basarse en este modo de pensar. (David Hume).⁶

Sin embargo, no podemos negar que la razón está envuelta por algo más que el cálculo frío del pensamiento abstracto, particularmente cuando existe la necesidad de discernir entre lo correcto e incorrecto, entre lo bueno y lo malo, entre lo justo o lo injusto. En estas situaciones hay que incorporar al razonamiento un ingrediente innegable que son nuestros sentimientos. Somos capaces de

⁴ Paine, Thomas, *Common Sense*, ed. Barnes & Noble, New York, 1995. El libro de Thomas Paine, publicado el 10 de enero de 1776, constituyó una obra fundamental en la ideología de las colonias americanas en busca de su independencia, en este libro se hizo un llamado al sentido común; en la introducción dice: El dejar a un pueblo desolado con el fuego y la espada, declarándole la guerra contra los derechos naturales de la humanidad y extirpando a sus defensores de la faz de la tierra es la preocupación de todo hombre a quien la naturaleza le dio el poder de sentir [trad. MMM]... en tanto que en el capítulo primero de ese libro, señala: La sociedad en cada estado es una bendición, pero el gobierno, aún en su mejor estado, es un mal necesario, en su peor estado es intolerable [trad. MMM]... , p.1.

⁵ Correas Vázquez, Óscar. *Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*, Ediciones Coyoacán, México, 2009, p. 46.

⁶ *Ibíd.* p. 69

reconocernos en los demás, podemos percibir a través de nuestras emociones la tragedia ajena. Las desgracias, el injusto sufrimiento o los éxitos inmerecidos causan indignación.

Ya los mayas eran conscientes de esta relación que permite identificarnos con los demás. En el glifo 18 (9), de la cuenta de los días Tzolkin, Etnab, tenían el símbolo del espejo, que refleja un orden: como es adentro es afuera; como es arriba es abajo. Con relación a este símbolo del espejo, el saludo diario se decía con la palabra: *in lak'éch*, que significa yo soy otro tú, a lo que contestaban *halan ken*, que significa tú eres otro yo. El símbolo del espejo y el saludo, son elementos culturales que indudablemente corresponden a la misma idea de reconocernos en el otro.⁷

El sentido común es una reconstrucción intersubjetiva, que genera una visión comunitaria que nos une a todos como humanidad, es una comprensión del otro a partir de la de sí mismo. Como lo aclara Makkreel:

El *sensus communis* utiliza el juicio reflexivo para abstraer desde los aspectos empíricos de nuestras representaciones subjetivas con el fin de generar lo que puede llamarse una perspectiva comunitaria o intersubjetiva. Mientras que vulgar o comúnmente ello designa aquellas creencias que de hecho se tienen en común, el *sensus communis* [...] La ampliación [del pensamiento] no nos pide transportarnos nosotros mismos hacia un punto de vista actual de alguien más. La comprensión de otra persona depende de una ampliación previa del propio pensamiento basada en las posibilidades imaginativas que no son simplemente variaciones del yo. Esto no ha de confundirse con la idea romántica de la empatía. En lugar de proyectarnos nosotros mismos en el otro, proyectamos una posición intermediaria posible que no ocupa ni el yo ni el otro. Esto provee una perspectiva, basada en el *sensu communis*, que hace posible una comprensión tanto del yo como del otro.⁸

Ahora, es cierto que las pasiones fijan nuestra condición humana y pueden dominar negativamente, como cuando se habla de quien actuó desenfrenadamente o de quien fue cegado por la ira, pero no se trata de resistirnos a sentir para que la razón pueda conducirnos a calcular correctamente

⁷ <http://yosoytuvida.blogspot.mx/2010/06/in-lakech-hala-ken.html> (09 febrero 2012). Ver nota 289.

⁸ Makkreel, Rudolf A. *Imagination and Interpretation*, pp 158-160, Esta referencia es una cita, encontrada en Hincapié, Andrés Lema, *Kant y la Biblia* ed. Antrhopos. UAM, México, 2006, p. 58.

el destino que habrán de seguir nuestras decisiones, más bien hay que reconocer que la razón se acompaña de emociones con las que podemos distinguir cuando una acción u omisión pueden ser arbitrarias y cuando pueden ser racionales, justas o buenas.

Con esta idea, es posible señalar que en distintos episodios de la historia ocurridos en diferentes latitudes o incluso inmediatos a nuestra circunstancia, hay acontecimientos que han mancillado la dignidad, la libertad e igualdad del hombre y por tanto, los tenemos por arbitrarios pues por sí mismos, nos dejan un sentimiento de desagrado, de lástima o desesperanza.

A continuación, se presentarán algunos acontecimientos que ilustran cómo en distintas épocas y ante distintas circunstancias se cometieron atropellos o acciones que pueden catalogarse como arbitrarias y esto, se hace evidente con tan sólo ubicarnos en la posición del otro.

I. Edad media. Prácticas procedimentales inhumanas

En la edad media, el derecho se pensaba fundado en un orden impuesto por la voluntad divina. Con esta idea se practicaba la ordalía, de la que se hacía partícipe a Dios y consistía en el empleo de técnicas adivinatorias como: caminar sobre brasas incandescentes sin sufrir lesión; recoger una piedra o anillo en agua hirviendo; encerrar al acusado y al acusador con una fiera, que según atacara a alguno, con ayuda de Dios, se decidiría dar la razón a quien resultara ileso o con vida.⁹

También, existían algunos procedimientos determinados a través de ritos religiosos del cristianismo para averiguar si una mujer cometió adulterio: se le daba de beber un agua amarga, que según sus efectos, podía llevarle a la muerte, si era culpable o dejarla intacta, si era inocente.¹⁰

⁹ Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho, Bases argumentales de la prueba*, ed. Marcial Pons, Barcelona 2004, p. 9

¹⁰ Kelsen, Hans, *La Justicia en la revelación divina y en la moralidad cristiana moderna en Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, dirigida por Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez, ITAM, ed. Fontamara, México, 2003. “Después el sacerdote conjurará a la mujer y le dirá: *Si no ha dormido un hombre contigo, si no te has desviado, ni manchado con actos de inmundicia desde que estás bajo la potestad de tu marido, sé inmune a estas aguas amargas que traen maldición; pero si, estando bajo la potestad de tu marido, te has descarriado y manchado*

II. Leyes arbitrarias

Lazlo Tarnoi De Tharno, enuncia otros sucesos, que también ejemplifican acciones arbitrarias de distintas épocas:

-El emperador Diocleciano impuso la pena de muerte por incumplir con el edicto que elevaba los precios de productos de primera necesidad.

- Herodes ordenó dar muerte a cada hijo varón recién nacido.

- Un emperador de Habsburgo ordenó que su estatua se levantara en un cementerio en Suiza y demandó que los muertos le hicieran reverencia.

- El registro de intentos legislativos por regular el término del embarazo a tres meses, en lugar de nueve.

- El artículo 1º del Código Civil Austro-Húngaro consignaba una vigencia de la ley a perpetuidad, sin considerar los cambios necesarios que debe tener la ley para ajustarse al tiempo y sus circunstancias.¹¹

-

III. Desigualdad social y castigos crueles de la historia de México

- Hacia el año 1200 d.C. en el Valle de México se instalaron distintas ciudades: Chalco-Atenco, Xochimilco, Coyoacán, Culhuacán, Iztapalapa, Texcoco, Tlacopán, Azcapotzalco, Tenochtitlán, Tlatelolco y otras pequeñas villas. La sociedad en esos años se dividió en dos clases, los nobles, *pipiltin* conformados por un tlatoani o rey, que era auxiliado por jueces, administradores y recaudadores; y la gente común o *macehualtin*. Estas categorías surgían del nacimiento. La legislación respaldaba la división de clases y la forma de gobierno, cuyos gastos se cubrían con los tributos a cargo de los *macehualtin*, quienes por razón de su rango social no podían gozar de los privilegios de la clase noble.¹²

teniendo coito con algún hombre distinto de tu marido...entonces que Yahavé te ponga como maldición y execración en medio de tu pueblo y haga languidecer tus caderas e hinche tu vientre; y esta agua de la amargura que da maldición entre en tus entrañas, y haga languidecer tus caderas.”, p. 115.

¹¹ Tarnoi De Tharno, Laszlo, *Legal Reasoning in History*, en *Legal Reasoning, proceedings of the world Congress for Legal and Social Philosophy*, ed. Herausgegeben von Hubert Hubien, Bruxelles, 1971, pp. 210-211.

¹² Escalante Gonzalbo, Pablo, *El México Antiguo en Nueva Historia de México*, ed. El Colegio de México, 2004. Sobre la división de clases, la legislación y la posición de los jueces comenta: “Algunos pillis recibían el beneficio tributario de manera directa; tal era el caso de los jueces, pues había ciertas tierras cuya producción estaba vinculada a ese cargo...La legislación fortalecía las diferencias de clase y contribuía a

-En el Diario de Martín de Guijo, sobre los años 1648 a 1664, vol. 1 (1853) pp. 376 - 377 citado por María del Carmen León Cázares, se narran los castigos que se aplicaban en aquella época en la ciudad de México:

Lunes 4 de junio (1657). Ajusticiaron a un hombre español, vecino de la Puebla de los Ángeles, de edad de ochenta y cinco años; habiéndole dado tormentos hasta quebrarle los brazos; y a un mestizo que de edad de catorce años empezó a robar, destechando las casas; y a un indio que era el que acarreaba los hurtos, y el español el que hacía centinela: ahorcándolos en la plaza pública de esta ciudad, y delante de ellos sacaron a una india pulquera y a un chino viejo y les dieron doscientos azotes por encubridores, y los vendieron en un obraje por seis años: fueron los robos que hizo el mestizo de mucha cantidad de reales y mercaderías de mucho valor: aserraba las vigas por una cabeza y servíales de escalera lo que colgaba de la viga para bajar y subir.¹³

IV. El esclavismo en Norteamérica

En las colonias de Nueva York, en los años mil setecientos, a los delincuentes primarios y personas jóvenes que habían cometido algún delito y que habían sido juzgados por un tribunal, se les concedía la posibilidad de que se anulara la decisión del jurado, para reducir con ello la severidad de la ley; así, se lograba que un gran robo, se convirtiera en un robo sin importancia.

Sin embargo, como en esa época, los esclavos afroamericanos no tenían derecho a ser juzgados ante un tribunal, perdían la posibilidad de que se pudiera reducir su pena y las sanciones tenían que ser cumplidas irremediabilmente. En los años 1712, las cortes tenían discrecionalidad para imponer a los esclavos, el castigo que consideraran pertinente, en los casos de incendiarios y asesinos, se les ordenaba morir quemados. También, se ordenó colgar a la persona en cadenas hasta que muriera de hambre; desmembrar vivo al delincuente; y para los

consolidar el prestigio y el poder de la nobleza. Los nobles usaban vestidos y joyas que estaban prohibidos para el resto de la gente. Aun en el supuesto de que pudiera comprarla en el mercado, un macehual no podía utilizar una joya de jade, y si lo hacía podía recibir la pena de muerte. El vestido de los nobles era de algodón, y no de fibra áspera como el de la gente del pueblo; las casas de los nobles eran más ricas, más altas y mejor decoradas; los nobles podían tener muchas esposas, pero los macehuales no,..." pp. 49-50.

¹³ León Cázares, María del Carmen, *A cielo abierto. La convivencia en plazas y calles*, en *Historia de la vida cotidiana en México*, t. II, *La Ciudad Barroca*, ed. El Colegio de México y Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 30.

que se les hallaba culpables de una traición menor contra su amo, se les consideraba como si le quisieran dar muerte y consecuentemente eran castigados de manera ejemplar frente a otros esclavos, con el fin de atemorizarlos.¹⁴

V. La violación de la niña Paulina

En la ciudad de Mexicali, Baja California, el 31 de julio de 1999, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, cuando contaba con 14 años de edad, fue víctima del delito de violación, que tuvo lugar en su domicilio. De esa violación resultó un embarazo. Los hechos fueron denunciados al Ministerio Público.

Conforme a la legislación de Baja California, el artículo 136 del Código Penal de esa entidad, determina que el aborto no es punible cuando el embarazo haya sido resultado de una violación, se practique dentro del término de noventa días de gestación y, se haya denunciado; para su realización, bastará la comprobación de los hechos por el Ministerio Público.¹⁵

No obstante, el Ministerio Público se abstuvo inicialmente a acceder a autorizar el aborto solicitado por la menor a través de la representación de su madre y con la asistencia de una ginecóloga particular; fue hasta el 3 de septiembre del mismo año, cuando el Ministerio Público concedió la autorización para la práctica del aborto en una institución pública. El 8 de septiembre siguiente, Paulina del Carmen Ramírez solicitó una cita en el Hospital General de Mexicali,

¹⁴ Charles Hoffer, Peter. *The Great New York Conspiracy of 1741*, ed. University Press of Kansas, Estados Unidos de América, 2003, pp. 57-58.

¹⁵ El artículo 136 del Código Penal del Estado de Baja California, en vigor en el momento en que ocurrieron los hechos, dispone:

“ARTÍCULO 136.- Aborto no punible.-

El aborto no será punible:

I.- Aborto culposo.-

Cuando sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada;

II.- Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación o de una inseminación artificial.-

Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la embarazada, siempre que el aborto se practique dentro del término de los noventa días de la gestación y el hecho haya sido denunciado, caso en el cual bastará la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica;

III.- Aborto terapéutico.-

Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, quien dará aviso de inmediato al Ministerio Público, y éste oirá el dictamen de un médico legista, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora”.

misma que se le dio para el 1º de octubre. De este día al 8 de igual mes, la menor permaneció en el hospital sin que se le practicara el aborto.

Durante esos días de octubre, el personal del hospital le dio varias excusas a Paulina sobre las razones por las que no podían practicarle el aborto: falta de personal, vacaciones y la necesidad de discutir el caso ante un comité médico.

Paulina del Carmen, junto con su madre, solicitó nuevamente la intervención del agente del Ministerio Público para interrumpir su embarazo. Sin embargo, encontraron resistencia con los eventos siguientes:

- a) El 13 de octubre, Paulina recibió en el hospital, sin la presencia de su madre, la visita de 2 mujeres, invitadas del director del hospital, que le pasaron videos con imágenes de maniobras abortivas.
- b) El Procurador de Justicia intentó convencer a Paulina de que no se practicara el aborto y solicitó que un sacerdote hablara con ella y la madre de ésta.
- c) El 15 de octubre, antes de practicar el aborto, un médico le explicó a la madre de Paulina sobre los riesgos de la intervención: esterilidad, perforación uterina, hemorragia masiva, síndrome de Ascherman y muerte.

Paulina no tramitó ningún recurso porque consideró que no había alguno que conformara una alternativa idónea y eficaz para ejercer el derecho de interrumpir su embarazo; tampoco presentó una demanda de amparo porque consideró que las autoridades forzaron su consentimiento y permitieron el avance del período de gestación.¹⁶

Este caso de Paulina y los sucesos precedentes son notoriamente arbitrarios. Tal vez por su naturaleza, resulte suficiente con darles ese calificativo, no hay necesidad de dar mayores explicaciones y esto es muy posible que se deba a que esos hechos reflejan creencias absurdas, como la ordalía; leyes irracionales que pretenden regular hechos de la naturaleza, como reducir el tiempo

¹⁶ Informe 21/07, petición 161-02, Solución Amistosa Paulina del Carmen Ramírez Jacinto- México. El apartado de antecedentes corresponde a un resumen, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm> (consultado 18 de octubre de 2012).

del embarazo; castigos inhumanos como el rompimiento de huesos, desmembramiento, tratos desiguales y prejuicios que revictimizan a quien ya es víctima, como ocurrió con la niña Paulina, a quien le impidieron abortar, sin que importara mucho, que era una niña, que había sido violada y que la ley, en su situación, la autorizaba a que se interrumpiera su embarazo.

Es cierto que algunos de los acontecimientos narrados, debido a las distancias culturales y temporales puedan revelar un significado que debe precisarse, según el contexto y las circunstancias que corresponden a cada situación y tal vez, lo que ahora consideramos arbitrario, no lo fue en su momento.

Sin embargo, hay cosas que no cambian mucho independientemente de su temporalidad y circunstancias y lo mismo puede decirse que se trata de actos arbitrarios, antes como ahora, basta con ponerse en el lugar de cada uno de los afectados para entender la dimensión de la arbitrariedad.

Así es, esos acontecimientos se acompañan de alguna sensación de reprobación o rechazo; es decir, son susceptibles de evocar algún sentimiento de pena o indignación por aquellos que sufrieron tan lamentables sucesos; y es precisamente por esta percepción, que podemos diferenciar cuándo una acción puede considerarse arbitraria o cuándo racional.

Se puede decir que la historia de la humanidad está hecha de sentimientos universales como el amor, el odio, la venganza, la culpa, la nostalgia, el miedo, el dolor, el deseo, el rechazo, el perdón, la locura, la vergüenza, la soberbia. Estos sentimientos, han afectado de muchas formas a naciones enteras y están presentes en nuestras vidas precisamente porque compartimos una misma esencia, y esto nos permite distinguir entre lo arbitrario y lo razonable.

1.2. ¿Política orientada en emociones?

Los sentimientos que se pueden revelar en sucesos que marcan una distinción, entre lo arbitrario o lo razonable, han constituido un recurso para dar cuenta no sólo de ésta diferencia, lo razonable y lo arbitrario, sino del curso al que se lleva la política de un país, aunque primero, es necesario tener claro que un sentimiento es la representación de una emoción.

Las emociones se desarrollaron en los seres humanos, como respuestas instintivas simples derivadas de ambientes competitivos que se acompañan de respuestas fisiológicas y conductuales; con las emociones, se liberan hormonas, hay cambios en la frecuencia cardíaca, se activan glándulas que producen reacciones visibles en algunos casos.¹⁷

La aparición de la corteza cerebral y sus interacciones con el tálamo dio paso a la conciencia que permite diferenciar unas cosas de otras, como las emociones que se generan por los cambios producidos en el propio organismo; cuando se perciben estos cambios, generamos sentimientos, que son una representación de las emociones experimentadas.¹⁸

De la misma forma en la que una persona experimenta sus emociones y las procesa como sentimientos, en la sociedad se generan emociones derivadas de la convivencia con otros seres que las experimentan y esta suma de sentimientos genera una reacción que puede llevar incluso a definir el rumbo de una nación entera.¹⁹

Dominique Moïsi, considera que el miedo, es la emoción dominante en la cultura occidental. Estados Unidos y Europa, después de haber atravesado en el siglo XX por la primera y segunda guerras mundiales, han generado una cultura del miedo, con algunas diferencias.²⁰

En opinión de Dominique Moïsi, el temor de una nueva guerra entre Francia y Alemania fue lo que orilló a la creación de la Comunidad Económica Europea y el miedo que han generado los efectos del calentamiento global, es lo que probablemente hará que los países adopten políticas enfocadas a preservar el medio ambiente.²¹

¹⁷ Morgado, Ignacio, *Emociones e Inteligencia Social*, ed. Ariel, Barcelona, 2007.

¹⁸ Hansberg, Olbeth, *La Diversidad de las Emociones*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2001. Existen teorías que consideran que los sentimientos, van más allá de la conciencia o percepción de una emoción. Estas teorías han sido propuestas históricamente por Aristóteles en la *Retórica* y por Santo Tomas, en *La Suma Teológica*, quienes consideran que la experiencia sensorial es causante de una emoción debido a que el individuo la experimenta como algo bueno o malo, desde el punto de vista cognoscitivo. Las teorías cognoscitivas conceden un papel relevante a las creencias que son las que nos permiten distinguir entre las diversas emociones pp. 20-21.

¹⁹ *Ibidem.* pp. 29-36.

²⁰ Moïsi, Dominique, *La Geopolítica de las Emociones*, Grupo Editorial Norma, Primera Reimpresión, México, 2010, p. 139.

²¹ *Ídem.*

La cultura occidental comparte el temor de perder el control del mundo globalizado, frente a los significativos avances en las economías de China, la India y Rusia.²²

Después del 11 de septiembre del 2001, con los ataques terroristas a las Torres Gemelas en Nueva York, el temor se ha hecho evidente. No sólo hay miedo por los problemas económicos, sino por las armas de destrucción masiva; por el terrorismo; por el peligro potencial de la inmigración y la cultura de los “invasores”, que buscan apoderarse de trabajos, invadir la patria y la identidad nacional.²³

La India en contraste, es una nación joven, cuenta con 700 millones de habitantes, menores de veinticinco años. En el año 2008 celebró apenas sus 60 años de vida independiente. El legado de Gandhi fundó los cimientos de la democracia, los hindús están orgullosos de mostrarse como la mayor democracia del mundo a pesar de los graves problemas de corrupción de la clase política y de las marcadas diferencias sociales; muchos hindús ricos se han sorprendido de los resultados que han logrado alcanzar en tan poco tiempo y por el reconocimiento que han adquirido a nivel internacional. Además, la India tiene un crecimiento económico estable y permanente, que ha propiciado un ambiente de confianza y esperanza. Esta nación, junto con China, es representativa de una visión enfocada hacia el futuro, hacia la esperanza, que difiere de la de los países de occidente que se enfrentan a una crisis del miedo.²⁴

En cambio, la humillación está presente en el mundo árabe-islámico. La humillación es impotencia, es una afrenta contra la libertad, una invasión que se extiende, incluso, a la vida privada e impone una dependencia que se apodera del presente y más grave aún del futuro.

La humillación ha sido desde otro enfoque, el motor impulsor de países asiáticos en los ochentas: Corea y Taiwán querían demostrar a Japón que también

²² *Ibidem.* 141.

²³ *Ibidem.* 143.

²⁴ *Ibidem.* 77-82.

podían incursionar en tener un papel importante en la globalización de la economía, algo similar puede explicarse con China.²⁵

Por eso, puede hablarse de una mala humillación y de una buena humillación, esta última se convierte en un desafío acompañado de esperanza; la primera, es una renuncia al futuro.

La geopolítica de las emociones a decir de Dominique Moïsi, a través del miedo, la esperanza y la humillación, están reconfigurando al mundo: a occidente lo domina el miedo; los pueblos Musulmanes viven en medio de sentimientos de humillación, de una humillación que ahora podemos considerarla como una buena humillación, pues el pueblo ha desatado una búsqueda hacia la transformación democrática, hacia el derrocamiento de gobiernos autoritarios y corruptos; en tanto que la India, China y Japón, se muestran como generadores de esperanza, por los niveles de desarrollo, económico, democracia, educación, salud.

En este punto de vista, las emociones definen los rumbos de la razón. Con las pertinentes diferencias en cada lugar, el miedo, la esperanza o la humillación son la causa destacada que marca el desenvolvimiento de una sociedad, para bien o para mal, en un sentido razonable o arbitrario; lo razonable, desde esta óptica se debe acompañar de la presencia de emociones positivas, generadoras de esperanza y se acompaña de resultados objetivos, que se traducen en mayores niveles de desarrollo en todos los aspectos; en tanto que lo arbitrario, genera emociones negativas como la humillación, que deteriora la dignidad del individuo, y se traducen en autoritarismo, opresión, violencia y falta de desarrollo.

2. El participante, el afectado y el observador

La aproximación a la noción sobre la razón y la arbitrariedad, hace necesaria la intervención de tres sujetos: el participante, P; el observador O; y, el afectado, A.

2.1. El participante

El participante es aquella persona a quien se le ha conferido poder, por vía de la representación legislativa, administrativa o judicial; se trata de quien en el

²⁵ Ibídem. 93-110.

marco de un sistema jurídico genera una decisión relacionada con lo que el propio sistema regula como prohibido, permitido u obligatorio.²⁶

En este trabajo, el participante, se refiere sólo a la figura del juez, quien se ocupa de decidir todos los conflictos a partir de una justificación en la que puede interpretar el contenido de las normas o de los hechos. También se conoce a la perspectiva del participante, como la perspectiva del derecho interno.²⁷

2.2 El observador

El observador es quien desde una perspectiva exterior al sistema jurídico, puede evaluar si la decisión adoptada por el participante, es la correcta y en esta situación pueden encontrarse los juristas, o profesionales del derecho. Se puede considerar que el observador mantiene una posición crítica sobre cómo el participante ha seleccionado la norma o su interpretación o bien cómo ha calificado los hechos del caso.²⁸

Para Robert Alexy, el observador es quien simplemente da cuenta, desde el exterior, sobre la manera en la que se emite una decisión en el contexto de un sistema normativo, no se cuestiona sobre cómo debería ser la justificación correcta. Esta posición la ejemplifica con el caso de un observador, americano blanco, Norbertt Hoerster quien quiere viajar a Sudáfrica con su esposa negra y se pregunta sobre los aspectos jurídicos que puedan derivar del viaje.²⁹

No obstante, en este trabajo, la posición del observador, no sólo se limitará a identificarlo como alguien que desde el exterior del sistema normativo, puede dar cuenta de las operaciones que realice el participante, sino además puede hacer una crítica que involucre una pretensión de corrección; debido a esta posibilidad crítica, presente en la perspectiva del observador, es necesario que sus opiniones,

²⁶ Herbert L.A., Hart, *El Concepto de Derecho*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. La distinción entre el participante y el observador, se relaciona con la aceptación de las reglas de un grupo; el observador ve a las reglas desde afuera y registra las regularidades observadas, pero no las acepta, como ocurriría respecto de quien reporta lo que sucede con el tráfico ante una señal roja del semáforo, sólo puede reportar que es muy probable que los vehículos se detendrán cuando encienda la luz roja; en tanto que el participante, acepta las reglas como guías de conducta, se trata de quien ve a las reglas como obligaciones que les son exigibles, pp. 110-113.

²⁷ Op. Cit. Alexy Robert, *El concepto y la validez del derecho*, nota 2.

²⁸ Ídem.

²⁹ Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, en *Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política*, ed. Fontamara, vol. 30. Dir. Garzón Valdés Ernesto, Vázquez Rodolfo, 2002, México, p. 50

deriven de un individuo calificado, con un conocimiento informado sobre el sistema jurídico y su operatividad.

Se puede ejemplificar la posición del observador, con las opiniones que se reúnen de distintos juristas, sobre cómo ven a la función que realizan los jueces.

Así, en el Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional de 1975, se hablaba de los problemas de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes:

Conclusión segunda. Resulta indispensable la reafirmación de la función política del organismo judicial, entendida como intervención técnica para determinar el alcance y el espíritu de las normas constitucionales la que asume particular dificultad en el ámbito latinoamericano debido a la existencia de organismos ejecutivos predominantes, y en algunos casos dictatoriales; y esta función se centra en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, reconocida por casi todas las leyes fundamentales de Latinoamérica, pero además en la interpretación directa o indirecta de las disposiciones supremas y la tutela de los derechos humanos consagrados en la Carta Fundamental.

Conclusión cuarta: La función jurisdiccional de los tribunales latinoamericanos, especialmente las Cortes Supremas y el ejercicio de la función de justicia constitucional, sólo podrá lograr efectividad, así sea limitada cuando se superen los obstáculos hasta ahora insalvables de la interpretación desorbitada de los actos políticos y de gobierno, así como las constantes declaraciones de emergencia y la promulgación de estatutos calificados, con razón o sin ella, de revolucionarios.³⁰

2.3. El afectado

El afectado, es la persona, individual o jurídica, que directa o indirectamente resiente una daño con motivo de la decisión del participante. El afectado se ve inmerso en el punto de vista interno del derecho, pues a él concierne el cumplimiento de la obligación que pueda derivar de la decisión del participante.

En la obra, *El Concepto de Derecho*, de Hart, no se hace mención al afectado; no obstante, sí incluye al punto de vista interno y se refiere a la conducta que realiza un miembro del grupo que incurre en alguna desviación que merece

³⁰ Carpizo, Jorge. *Estudios Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 7ma. ed. Porrúa, México, 2003, pp. 548-549.

una reacción hostil; sería, por ejemplo, quien no se detiene frente a una luz roja del semáforo.³¹

La posición del afectado debe considerarse como punto central, no sólo porque la justificación de la decisión del participante versa precisamente sobre la situación de aquel en el marco de la interpretación de las normas jurídicas o de los hechos, sino porque en el afectado, descansa el principio de la dignidad de la persona,³² de donde parte cualquier interpretación, ya que es el origen, la esencia y el fin de los derechos humanos.

La situación del afectado, puede corresponder a una diversidad de hipótesis que emanan de la situación que le asigna el participante, al decidir sobre el derecho o sobre los hechos de alguna persona; por ello, se podrían ubicar en este sitio, al condenado, a la víctima, a quienes participaron en una contienda o entablan una acción o instancia.

La resolución 40/34 de las Naciones Unidas es la base de los derechos humanos de las víctimas, de este documento precisa una serie de recomendaciones que habrán de adoptar en sus legislaciones internas los estados parte, relacionadas con el acceso a la justicia, el trato justo, el resarcimiento, indemnización, asistencia social a las víctimas de delitos, medidas para prevenir la victimización derivada del abuso del poder y remedios para las víctimas de esos abusos.³³

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia por contradicción 229/2011, ha resuelto que la víctima de un delito puede exigir el reconocimiento de sus derechos a través del juicio de amparo directo en el supuesto de que se haya dictado una sentencia absolutoria a favor del acusado, como se indica en el texto de la jurisprudencia correspondiente:

³¹ Op cit. Herbert L.A. Hart, p 110, nota 26.

³² Araujo Carranza, Ernesto, *El Derecho a la Información y la Protección de Datos Personales en el Contexto General y su Construcción Teórica y Jurídica en Problemáticas Jurídicas Contemporáneas*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, año II, verano 2009, t. 23, con relación al concepto de dignidad humana se remite a Squella, quien dice que la dignidad del hombre presenta dos caracteres: uno de género y, el otro, del individuo. En lo que ve al género señala al hombre en cuanto a un ser dotado de razón y en algún sentido de libertad; por lo que toca al individuo, el ser humano ve en los otros hombres a un igual, pp. 183-183.

³³ <http://funvic.org/paginas/legislacion/legi1.htm> (consultado noviembre 2012)

VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. ESTÁ LEGITIMADO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO DIRECTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE ABSUELVE AL ACUSADO. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que constitucionalmente se han reconocido derechos a la víctima u ofendido del delito -entre ellos la legitimación procesal activa a fin de acreditar su derecho a la reparación del daño-, al grado de equiparlo prácticamente a una parte procesal, y que una resolución puede, de facto, afectar su derecho fundamental a la reparación del daño proveniente de la comisión de un delito, cuando no ocurra por afectarse la pretensión reparatoria. De ahí que si el juicio de amparo directo es el medio procesal idóneo para reclamar la constitucionalidad de una sentencia definitiva o las resoluciones que ponen fin al juicio, es evidente que el ofendido o víctima legalmente reconocidos en el proceso natural están legitimados para promoverlo contra la sentencia definitiva que absuelve al acusado, ya que ésta afecta el nacimiento de su derecho fundamental previsto en el artículo 20, apartado C, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con lo anterior se hace efectivo el derecho de acceso a la justicia contenido en el artículo 17 constitucional, al permitir que la víctima u ofendido reclame la constitucionalidad de la resolución de la cual depende el nacimiento del derecho fundamental a la reparación del daño, favoreciendo sus derechos al permitírsele reclamar la correcta aplicación de la ley a través del juicio de amparo.³⁴

Por consiguiente, la víctima también debe incluirse en el papel del afectado, para evaluar la racionalidad de la decisión que haya emitido el participante.

Es entendible que la posición del observador y principalmente la del afectado, puedan encaminarse a salvaguardar un interés parcial y que frente a este interés, sus objeciones no garanticen su objetividad. No obstante, la razón exige una satisfacción gradual de las expectativas reconocidas en un sistema normativo y aún con todo, es necesario considerar al afectado y al observador, porque integran un círculo lingüístico de personas que fijan, en el reconocimiento del sistema jurídico, un punto común de racionalidad.

Hacia finales del año 2002, un grupo de investigadores encabezados por Diego Valadés, hicieron encuestas en México para medir el grado de confianza

³⁴ Semanario Judicial de la Federación, 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 1; p. 1084.

que tienen los ciudadanos en sus instituciones y para medir otros indicadores sociales relacionados con la cultura de la legalidad, democracia y constitución.

Destacan la gran desconfianza y recelo que la población tiene de la autoridad. La ley y la justicia como valores abstractos obtienen un gran apoyo de la población; en cambio, en el ejercicio de su aplicación y el desempeño de los actores e instituciones encargados de procurarlas e impartirlas están valorados muy negativamente.

En este contexto, la Constitución constituye el lugar simbólico de protección ante derechos que no pueden ser violentados desde el poder o por otros actores sociales y el ámbito donde se plasman las aspiraciones por obtener mejores condiciones de vida y una sociedad más justa. Sin embargo, es sólo superficialmente conocida por la población.

La construcción de una cultura del derecho y de una vida social más democrática, constituyen un reto para la formación de ciudadanos y de instituciones públicas más transparentes, justas y eficientes; exige también desarrollar capacidades y habilidades para enfrentar las tensiones y conflictos que generan los valores y actitudes tradicionales, asentados en una buena parte de la población. Todo esto abre la puerta al desarrollo de nuevas formas de vivir lo político, más adecuadas a una sociedad que busca consolidar su democracia y su Estado de derecho.

...

Los cuestionamientos existentes sobre las instituciones formales revelan asimismo el cauce de los modelos democráticos en sociedades caracterizadas por la desigualdad y fragmentación.³⁵

El 15 de febrero del año 2010, la Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, en el área de investigación aplicada y opinión, realizó un nuevo estudio de opinión sobre la satisfacción de los usuarios de justicia.

El estudio aludido se realizó con el propósito de contar con indicadores sobre la cultura jurídica a través de la opinión de los usuarios de los órganos que ofrecen el servicio de impartición de justicia, se desahogaron encuestas por 15 grupos, distribuidos en las ciudades de: Mexicali, Baja California; Monterrey, Nuevo León; Guadalajara, Jalisco; Tuxtla Gutiérrez, Chiapas; y D.F.

En lo que corresponde a los índices de confianza, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las encuestas arrojaron las conclusiones siguientes:

³⁵ Concha Cantú, Hugo A. *et al. Cultura de la Constitución en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Comisión Federal de Mejora Regulatoria, México, 2004, pp. 73 y 74.

La Suprema Corte de Justicia, es en general una de las instituciones que mayor confianza generan entre la ciudadanía y en mayor medida entre los usuarios de los órganos de impartición de justicia. No obstante los cambios en su rol y su participación cada vez más activa en temas sociales y de resonancia mediática han generado expectativas respecto a cambios en la evaluación que se hace de su labor.

Los resultados de esta investigación sugieren que la mitad de los usuarios del sistema de justicia considera que la SCJN resuelve los casos que atiende (55%), actúa con base en derecho (52%) y se puede confiar en lo que dice (48%); no obstante, es menor el porcentaje de gente que considera que la SCJN actúa de manera imparcial (45%).³⁶

Por otro lado, en lo que corresponde al nivel de satisfacción con los juicios desahogados ante los Tribunales Colegiados, en 100 tribunales a 1,500 usuarios de 18 años y más, en septiembre de 2009 se encontró que en los Tribunales Colegiados del Poder Judicial de la Federación, en nivel de satisfacción se ubicó en el rango del 60%; superado por los Juzgados de Distrito, que alcanzaron aproximadamente un 70% de satisfacción.³⁷

Con lo anterior, se demuestra que la opinión del afectado, aunque no esté respaldada en una preparación jurídica, sí constituye un parámetro necesario de racionalidad, que debe incluirse al considerar las consecuencias de una decisión, si bien no en todos los casos de forma expresa, sí como parte integrante de la razón subjetiva del participante pues el ponerse en el sitio del otro, es más una aproximación al sentido común, que una elaborada consideración jurídica.

3. Justificación interna y externa

Los términos de justificación interna y de justificación externa están relacionados con el hecho de que las decisiones jurídicas no son evidentes ni arbitrarias, ameritan ser justificables y justificadas. En otras palabras cuando se abordan problemas jurídicos se espera que sean analizados de manera racional.

³⁶ http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/INVESTIGACION_Satisfaccion_de_los_usuarios.pdf *Estudio de Opinión sobre la Satisfacción de los Usuarios de Justicia Ofrecido por los Órganos de Impartición de Justicia en México* 15/02/2010, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Área de Investigación Aplicada y Opinión, pp. 22 y 23.

³⁷ *Ibidem*, p. 144.

Por racional debe entenderse que una proposición que interprete o valore alguna decisión jurídica debe acompañarse de una argumentación apropiada que la haga previsible; en un primer nivel, si la decisión es sencilla; y en un segundo nivel si el uso de la discrecionalidad, se apoya en las normas y principios que fundan las expectativas del sistema normativo, según un test de las consecuencias que involucren al participante, observador y afectado, de donde resulte el mejor argumento.

Según lo explica el profesor de la universidad de Lodz, si nos cuestionamos sobre si la decisión puede inferirse apropiadamente de sus premisas, se entenderá que hay una referencia a la racionalidad interna; en cambio, si las premisas empleadas se califican como correctas o apropiadas, entonces se considerará que la referencia es hacia la racionalidad externa. En la racionalidad externa debe considerarse que la aceptación de las premisas dependerá de la audiencia que realice esa calificación, podría considerarse como punto de evaluación la existencia de un auditorio universal, al que se refiere Perelman, como un auditorio formado por seres de razón.³⁸

Existen cuatro categorías o clases de justificación: justificación interna, que se vincula a la racionalidad interna; justificación externa que se refiere a la racionalidad externa; justificación formal que se refiere al cálculo lógico formal y justificación no formal que tiene lugar cuando se niega la posibilidad de una justificación formal.³⁹

En realidad racionalidad y justificación se corresponden; por ello, se puede simplificar la distinción entre justificación interna y externa. En este sentido, una decisión estará internamente justificada cuando la conclusión se pueda inferir de sus premisas.

La justificación interna es una condición necesaria pero insuficiente para la justificación externa. Se trata de la construcción formal de los argumentos, la cual será válida o inválida según la relación entre las premisas y la conclusión.

³⁸ Wróblewsky, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, 1ª, reimp., México, 2003, pp. 45-46.

³⁹ *Ibidem*, pp. 52-53.

La justificación interna está relacionada con la lógica, con el empleo de los argumentos deductivos: *modus ponens*, *modus tollens*, silogismo hipotético, reducción al absurdo, dilema y silogismo disyuntivo.⁴⁰

En este tipo de argumentos si las premisas son verdaderas, la conclusión también será verdadera. La justificación interna está determinada por la relación recíproca que puede presentarse entre las premisas y la conclusión.

En la vida cotidiana planteamos una variedad de argumentos. En realidad no nos apura mucho distinguir si cada premisa de esos argumentos debe clasificarse como verdadera o válida. Damos por sentado el valor de las proposiciones, lo que nos permite avanzar hacia la formulación de argumentos.⁴¹

De esta forma podríamos pensar en un diálogo cotidiano; en una abuela que les dice a sus nietos: “Si salen sin chamarra o protección contra la lluvia, se enfermarán.”

La proposición elaborada por la abuela está construida a partir de su experiencia; podemos imaginar que en repetidas ocasiones se ha enfrentado a la situación de salir a la lluvia sin una chamarra o protección y que el resultado de esa acción derivará seguramente, en una enfermedad respiratoria.

Igual podemos rechazar la proposición, si dijéramos que no hay una relación necesaria entre el antecedente, salir a la lluvia sin chamarra o protección y el consecuente, una enfermedad de tipo respiratorio, si esa lluvia fuera en una zona cálida y tropical, o bien, si se tratara de niños sanos acostumbrados al clima lluvioso.

Con todo y esas objeciones, lo cierto es que cotidianamente establecemos relaciones entre antecedentes y consecuentes que si bien, no satisfacen una condición necesaria que determine la verdad de las relaciones causales de cada evento imaginable, lo cierto es que las aprobamos y les conferimos un valor para las situaciones de la vida.

⁴⁰ Ver p. 119 y siguientes, *infra*, en relación con los argumentos deductivos.

⁴¹ Jañes Barrio, Tarsicio, *La Argumentación Jurídica*, en *Argumentación Jurídica Estudios en torno a...*, t. I, ed. Popocatépetl Editores S.A. de C.V. Carrasco Fernández, Felipe Miguel [comp.], México, 2007. El autor considera que en la vida práctica atribuimos a las inferencias prácticas la misma validez que a las teóricas pp. 236 y 237.

Cuando alguno de los nietos de la abuela haya enfermado por haber salido sin chamarra o protección a la lluvia, se integrará un argumento *modus ponens*, que puede expresarse de la siguiente forma.

Si sales a la lluvia sin chamarra o protección, te dará una enfermedad respiratoria.

Juan salió a la lluvia sin chamarra o protección.

Juan sufrió una enfermedad respiratoria.

Es evidente que en la vida diaria no nos comunicamos formulando silogismos, cual si fuéramos robots; no obstante, el contenido substancial de nuestros diálogos se construye esencialmente a través de argumentos y tal vez la abuela, en el ejemplo, le diría a Juan:

¡Lo ves, te dije que no salieras, pero no atendiste mi indicación y ahora, ve el resfriado y la temperatura que tienes!

En el medio judicial también se plantean argumentos en los que las premisas se sujetan a procedimientos que permiten conferirles validez. Cuando es necesario argumentar en materia de hechos, hay que seguir ciertas reglas para poder evaluar si se probó que un acontecimiento ocurrió en un lugar y tiempo determinados.

Estos procedimientos se refieren a normas sobre la admisión, preparación, desahogo y valoración de pruebas y están orientadas a salvaguardar, en la mayor medida posible, un acercamiento a la verdad material.

Por ejemplo, en el robo de una bicicleta; suponiendo que se tratara de un caso sencillo, que no se presentara algún problema en las normas ni en los hechos, podríamos seguir un simple silogismo “judicial”, *modus ponens*.⁴²

$$\begin{array}{r} (x) a(x) \rightarrow b(x) \\ a(1) \\ \hline b(1) \end{array}$$

Las notas que definen al delito de robo se conformarían por las características de la implicación $a \rightarrow b$, en donde la proposición a) es un antecedente, que define los supuestos normativos (apoderamiento de una cosa ajena, sin derecho y sin consentimiento de su titular); b) un consecuente que se

⁴² Ver página 119 y siguientes, capítulo 2.

refiere a la definición del delito de robo; (x), es un cuantificador universal, a₁, un caso concreto en el que se demostró una acción de apoderamiento de una bicicleta ajena y b₁ la conclusión es que se acreditó el delito de robo; por lo tanto, como la conclusión se puede hacer derivar de sus premisas, entonces diríamos que el argumento está internamente justificado.

La forma de plantear el argumento anterior sería la que corresponde a un silogismo judicial. La característica de estos argumentos es que el paso de las premisas a la conclusión no es necesario, pues se funda en relaciones probables.

Es cierto que se podría objetar el valor que se le asigna a cada proposición no puede afirmarse, con absoluta certeza, que en efecto, la acción de apoderamiento tuvo lugar en un sitio y tiempo específicos.

Sin embargo, los procedimientos probatorios permiten delimitar una serie de condiciones, que de llegar a colmarse, podrían arrojar como resultado, un grado de probabilidad aceptable con el que se pueda dar por sentado que un hecho fue demostrado. En todo caso, cuando hay un conflicto en la fijación de una proposición, este debe ser resuelto a través de una justificación externa y esto vale para la interpretación de las normas y la de los hechos.

Una proposición, normativa o fáctica estará externamente justificada, cuando se hayan aceptado las premisas después de una argumentación convincente; es decir, se puede rechazar o aceptar una premisa, pero esto no dependerá del empleo de las reglas de la lógica formal, sino este planteamiento se funda en razones, en el empleo de una serie encadenada de proposiciones que, según su contenido, pueda llegar a convencer al observador y al afectado.⁴³

La retórica, considerada como un arte en la antigüedad, conforma un punto de partida para muchas teorías sobre la argumentación jurídica que pretenden

⁴³ Wróblewsky, Jerzy, *Legal decision and its justification*, en Hubert Hubein, *Legal Reasoning, Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy*, Bruxelles 1971. En las decisiones legales hay dos clases de justificación: interna y externa. La justificación interna se refiere a la validez de la inferencia de las premisas que se tienen para llegar a una decisión legal que sea tomada como conclusión. La decisión está internamente justificada si la inferencia de las premisas es válida y las premisas no se cuestionan. En este aspecto la justificación interna es una justificación “formal” y no es adecuada para un análisis de la operación práctica de decisiones legales y para su control institucional. La justificación externa no sólo prueba la validez de la inferencia de las premisas, sino su solidez. El amplio alcance de la justificación externa es requerido especialmente por la decisión judicial paradigmática debido a los más altos estándares impuestos sobre ella... p. 412, [trad. MMM].

allegarse de técnicas, consejos o conocimientos para construir buenos argumentos de forma que las proposiciones propuestas, sean aceptadas.⁴⁴

Robert Alexy propone una teoría del discurso, basada en una concepción Kantiana de racionalidad práctica, fundada, por un lado, en la idea de universalidad, y por otro, en las reglas del discurso práctico que, a su vez, se dividen en reglas sobre la estructura de los argumentos y reglas sobre el procedimiento del discurso. En términos generales se pretende el consenso a partir de buenas razones que colmen una condición de aprobación universal, en la interpretación de las normas, como lo explica:

Una norma puede encontrar aprobación universal en un discurso sólo si las consecuencias de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada individuo pueden ser aceptadas por todos sobre la base de argumentos.⁴⁵

La justificación externa, ha constituido el problema a partir del cual se han desarrollado diversas teorías de la argumentación jurídica que coinciden en proponer técnicas o procedimientos que aseguren su racionalidad; esto, para fijar premisas normativas o fácticas a partir de las cuales se puedan hacer inferencias válidas.⁴⁶

Para ilustrar casos con problemas en la justificación externa, se emplean tres ejemplos: I. El relacionado con la comisión de un delito de robo; II. El relativo al derecho a la privacidad y III. El que corresponde al control convencional de un castigo impuesto por una comunidad indígena.

I. El caso del robo

⁴⁴ Pérez Varela, Víctor Manuel, *Argumentación Jurídica*, ed. Oxford, México, 2011. Se remite a la definición de Aristóteles, “Entendemos por retórica la facultad de tener en cuenta lo que es adecuado en cada caso para convencer”, p.132.

⁴⁵ Op. Cit. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, pp. 136-157.

⁴⁶ Zaccaria Giuseppe, *Razón jurídica e interpretación*, Messuti, Ana, (comp), ed. Civitas, Madrid, 2004. se incluye una amplia literatura sobre las teorías procedimentales de la argumentación, que van de Habermas a Alexy, que corresponde a los textos: J. Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handels*, Suhrkamp, Frankfurt, a.M. 1984; J. Habermas, *II, pensiero post-metafisico*, trad. It de M. Calloni, Laterza, Roma-Bari, 1991, pp.65 y ss.; M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; R. Alexy, *Problems of Discursive Rationality in Law*, en (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie), Beih. 42, 1990, pp. 174-179; R. Alexy, *Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse*, en (Ratio Juris), 5,2, 1992, pp. 143-152, entre otros, p. 62.

El ejemplo que se ha tratado sobre el robo para la ilustrar la operación de la justificación interna, se puede emplear también para la justificación externa cuando se problematizan las premisas en la interpretación de la norma; en la implicación $a \rightarrow b$.

Aquí habría que suponer, que en el delito de robo, es necesario que exista una acción de apoderamiento de una cosa ajena mueble y que podrían llegarse a plantear dudas en cuanto al momento y tiempo en que se debe dar ese apoderamiento.

Si el robo de la bicicleta se cometiera en una tienda de autoservicio y se advierte que el individuo es sorprendido en la tienda, sin que hubiera salido y por supuesto, sin sacar algún provecho de la cosa robada. Esta situación podría llevar a optar por dos alternativas:

- a) Que el apoderamiento es instantáneo y es suficiente con que se lleve a cabo, aunque no se concrete el provecho de la cosa robada.
- b) Que se estime necesario que exista un provecho de la cosa robada para que se acredite el apoderamiento.

En este planteamiento es necesario que se aporten argumentos que justifiquen cuál de las dos posibles posiciones propuestas es la que se apoya en las mejores razones.

El tema, de hecho, ha sido motivo de criterios opuestos entre tribunales colegiados y se ha resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis por contradicción siguiente:

ROBO COMETIDO EN TIENDA DE AUTOSERVICIO. PARA TENERLO POR CONSUMADO BASTA CON LA JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA DE APODERAMIENTO. El delito de robo es considerado por la jurisprudencia y la doctrina como de consumación instantánea, pues se configura en el momento en que el sujeto lleva a cabo la acción de apoderamiento, con independencia de que obtenga o no el dominio final de la cosa, de conformidad con el artículo 369 del Código Penal para el Distrito Federal que establece que, para la aplicación de la sanción, se tendrá por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando después la abandone o lo desapoderen de ella; estimar lo contrario, es decir, subordinar la consumación del robo a que el agente tenga ocasión de usar, gozar o vender la cosa, es condicionar el perfeccionamiento del delito, o pretender hacerlo, a una

posibilidad futura innecesaria para su integración. En consecuencia, es suficiente para tener por consumado el delito de robo cometido en tienda de autoservicio, la justificación de la conducta típica de apoderamiento al traspasar el área de cajas del establecimiento relativo, pues el hecho de que el imputado no salga del almacén comercial de donde tomó los objetos motivo del apoderamiento, o de que sea desapoderado de ellos por personal de la empresa en la puerta de salida, no es obstáculo para la justificación del ilícito; lo que, en su caso, puede repercutir en el juicio del juzgador, sólo respecto de la obligación de reparar el daño proveniente del delito, mas de modo alguno es apta para justificar una declaratoria de existencia de un delito tentado.⁴⁷

En el procedimiento para disipar criterios contradictorios, consignado en el artículo 197-A, de la Ley de Amparo, se tienen precisamente dos alternativas de interpretación del texto legal y una de ellas es la que debe prevalecer, o incluso es posible que surja una tercera opción. No obstante, ello debe resolverse a partir de una argumentación que determine cuál será la decisión definitiva.

La solución, según se puede ver, consistió en considerar que no hay necesidad de que el sujeto activo del delito disfrute de la cosa, pues aún abandonándola o si es desapoderado de ella, de cualquier modo se colmará la conducta. No obstante, se aclara que deberá traspasar el área de cajas, aun cuando no salga del almacén o de que lo desapoderen del objeto antes de su salida, lo que implica una solución aceptada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la mejor, dado que puede advertirse claramente que se consideró una puesta en peligro al bien jurídicamente tutelado, que es la propiedad, desde el momento en que el sujeto activo reveló una serie de conductas encaminadas a apropiarse del objeto, aun cuando no lo hubiera conseguido

Hay que agregar que en la justificación externa se pueden dar casos difíciles en los que se llegue a un límite sobre los recursos estrictamente legales para resolver el problema. En este caso, el espacio para la discrecionalidad queda abierto y los temas sobre los que se debe emitir una decisión pueden moverse en los extremos arbitrariedad, racionalidad. Esto sucede con mayor frecuencia en la argumentación constitucional, pues en esta área se deben plantear razones sobre

⁴⁷ 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Julio de 2003, p. 164.

normas o normas en forma de principios que involucran valores morales, consideraciones políticas, sociales, aspectos vinculados a la planeación económica, y sobre todo derechos humanos, de fuente interna y de fuente internacional.⁴⁸

II. Derecho a la privacidad

Éste, sería el caso en el que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tuvo que fijar los parámetros que se debían considerar para tutelar el derecho a la privacidad, atendiendo al carácter público de algunas personas a diferencia de otras que no quedan expuestas a los medios de comunicación, como se explica con la tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

DERECHOS A LA PRIVACIDAD, A LA INTIMIDAD Y AL HONOR. SU PROTECCIÓN ES MENOS EXTENSA EN PERSONAS PÚBLICAS QUE TRATÁNDOSE DE PERSONAS PRIVADAS O PARTICULARES. Las personas públicas o notoriamente conocidas son aquellas que, por circunstancias sociales, familiares, artísticas, deportivas, o bien, porque han difundido hechos y acontecimientos de su vida privada, o cualquier otra situación análoga, tienen proyección o notoriedad en una comunidad y, por ende, se someten voluntariamente al riesgo de que sus actividades o su vida privada sean objeto de mayor difusión, así como a la opinión y crítica de terceros, incluso aquella que pueda ser molesta, incómoda o hiriente. En estas condiciones, las personas públicas deben resistir mayor nivel de injerencia en su intimidad que las personas privadas o particulares, al existir un interés legítimo por parte de la sociedad de recibir y de los medios de comunicación de difundir información sobre ese personaje público, en aras del libre debate público. De ahí que la protección a la privacidad o intimidad, e incluso al honor o reputación, es menos extensa en personas públicas que tratándose de personas privadas o particulares, porque aquéllas han aceptado voluntariamente, por el hecho de situarse en la

⁴⁸ Carpizo, Jorge; Fix, Zamudio, Héctor, *Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano* en *Interpretación Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), ed. Porrúa, México, 2005. Se remite a los conceptos de Franco Pierandrei y Carmelo Carbone, quienes señalan que la interpretación de las normas constitucionales debe adecuarse a la naturaleza fundamental de los motivos políticos y de los principios esenciales que se encuentran en la base de estos preceptos. También se remiten a la opinión de Linares Quintana, quien estima que la ley suprema debe entenderse como un conjunto armónico de disposiciones y principios que deben considerarse no sólo en cuanto a las condiciones existentes en el momento en que la norma fue sancionada, sino en las actuales. pp. 397-398.

posición que ocupan, exponerse al escrutinio público y recibir, bajo estándares más estrictos, afectación a su reputación o intimidad.⁴⁹

Como se puede advertir, fue necesario evaluar dos intereses contrapuestos: el de las personas públicas con respecto a su vida privada, por un lado; y por otro, el interés legítimo de la sociedad de conocer información sobre ese tipo de personas públicas.

Se trata de cuestiones enteramente opinables que pueden o no ser aceptadas, según los argumentos que respalden las premisas. Por lo menos, en el criterio señalado, valdría destacar algunos cuestionamientos que revelarían el carácter complejo del problema:

- a) Si el ámbito de tutela a la intimidad es menor para una persona pública que para una privada, ¿Importará considerar si esa persona se ubica con ese estatus de manera accidental, contra su voluntad o de manera voluntaria?
- b) Algunas personas que son víctimas de algún delito, saltan a la vida pública con motivo de la difusión de noticias en los medios masivos de comunicación. Este supuesto puede entenderse con mayor precisión si se consideran los casos de los familiares de víctimas de secuestros u homicidios que son llevados a los medios por agencias noticiosas de pocos escrúpulos. Si estas personas deciden voluntariamente acceder a los medios para mover el aparato estatal en búsqueda de justicia, ¿será justo que ante esta circunstancia, se pueda reconocer un interés legítimo para enterarse de lo que suceda en otros aspectos de su vida privada?
- c) ¿Hay en realidad, un derecho social que deba tutelarse como interés legítimo para incursionar en la vida privada de una persona pública?
- d) ¿Qué consecuencias negativas podrían sobrevenir de no reconocer ese interés legítimo?

⁴⁹9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Marzo de 2010; p. 923.

Este supuesto, como otros que se puedan plantear, abre un abanico de posibilidades en donde la solución propuesta puede aceptarse con algunas reservas, quizá sea necesaria una segunda o tercera interpretación que deba desarrollarse a partir de la que fue motivo de la sentencia.

Lo que es indudable, es que el problema sobre el conflicto que se presenta entre la vida privada y el reconocimiento de un interés legítimo para informar sobre la vida privada de las personas públicas, es una cuestión compleja, sobre todo si se parte del hecho de que todos tendríamos que tener por igual el mismo derecho a la privacidad a la intimidad y al honor, sin importar si se trata de una persona pública o no, lo relevante sería en todo caso, la existencia de un consentimiento previo para difundir noticias sobre la propia persona y el alcance que se le pueda dar a ese consentimiento.⁵⁰

III. Castigo impuesto por una comunidad indígena

Ejemplos de casos difíciles hay muchos, pero algunos por sus peculiaridades vale la pena explorarlos. Este podría ser el de un tribunal extranjero, que de algún modo estaría relacionado con el artículo 2A, fracción II, de la Constitución Mexicana (que se reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y resolución de sus conflictos internos); y corresponde a la sentencia T-349/96 de la Corte Constitucional de Colombia.⁵¹

⁵⁰ Rolla, Giancarlo, *El Difícil Equilibrio entre el Derecho a la Información y la Tutela de la Dignidad y la Vida Privada. Breves Consideraciones a la Luz de la Experiencia Italiana*, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional Julio-Diciembre, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, El autor explica que las relaciones entre el derecho a la información y la intimidad y honor, deben ser objeto de una ponderación entre derechos y valores constitucionales; ello, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana, en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, señala: “Resulta, pues, fundamental un cuidadoso empleo del principio de proporcionalidad, de manera que el disfrute de un derecho (por ejemplo, el de información) no deba desarrollarse de tal modo que llegue a comprimir *desmesuradamente (más de lo que es esencial e indispensable para ejercer tal derecho) los derechos de los demás (dignidad o vida privada, por ejemplo)*...; sobre los criterios a los que arribó, es relevante destacar que la *línea que delimita los fines de la protección a la vida privada, viene, en primer lugar, marcada por la existencia del consentimiento a la hora de divulgar noticias relativas a la propia persona*” pp. 162-164.

⁵¹ Consultado en: http://www.indigenas.bioetica.org/fallo17.htm#_Toc112931138 (05 marzo 2012).

A Francisco Gembuel Pechene, se le acusó de haber imputado injustamente al ex gobernador y alcalde de Jambaló ser el autor intelectual del homicidio del anterior alcalde de Jambaló, Marden Arnulfo Betancur. Los Cabildos Indígenas de la Zona Norte del Cauca de la comunidad Páez a la que pertenece el acusado, lo condenaron a una pena de 60 azotes; esta sanción fue impugnada ante la Corte Constitucional de Colombia, por desconocer la prohibición de la tortura.

La Corte Constitucional de Colombia, resolvió que la pena de 60 azotes, que la comunidad Páez de Jambaló impuso a Francisco Gembuel, de acuerdo con el propio ordenamiento jurídico de esa comunidad, no podía considerarse degradante, o que desconociera la prohibición de la tortura.

En esa sentencia se hizo una valoración sobre el significado que se le asignaba en esa comunidad a los azotes, a diferencia del significado que se le da al mismo hecho en otras sociedades, documentadas en resoluciones de otros países como Irlanda y el Reino Unido.⁵²

Se arribó a la conclusión de que los azotes, para la comunidad aborigen Páez, a diferencia de otras sociedades como la de Irlanda o la del Reino Unido, son vistos como un medio para ayudar a recobrar su espacio en la comunidad. El fuste o azote, como castigo, es asimilado al rayo, un mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, un elemento purificador con el que se busca restablecer el orden y purificar al infractor.

Por tanto, desde esta visión, el acusado quebrantó el orden establecido por los miembros de la comunidad, pues su falsa imputación expuso a la deshonra al ofendido y esta acción es reveladora de que el acusado obró de manera impura,

⁵² Ídem. Una de las consideraciones de la sentencia que enfrenta a dos formas de entender un mismo hecho, es la siguiente: “Frente a esta disparidad de visiones, ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria? La Corte ya ha respondido este interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto. Las únicas restricciones serían, como ya lo expuso la Sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Esta última es la que se entrará a analizar en relación con la práctica del fuste, dado que, según los jueces de tutela, es un comportamiento que encuadra dentro de la restricción mencionada.”

que sus sentimientos hacia sus comunes están adulterados y por consecuencia, requieren de una medida por la que se pueda purificar su conciencia o la forma en la que percibe a su ser y el de sus semejantes.

En este lado del problema, según la costumbre de esa comunidad, no habría una afectación a la dignidad del acusado, pues la función del castigo no tendría ese significado, tampoco sería una forma de desprecio, más bien se vería como una oportunidad para que el infractor reconsidere sus sentimientos y sobre esta comprensión, no habría alguna forma de arbitrariedad en los azotes.

En cambio, en otras latitudes, los azotes sí podrían considerarse como formas de tortura o de trato degradante, pues a través de ellos el individuo quedaría sometido a un trato indigno, al maltrato y desprecio de sus semejantes. Aquí, se podría decir, los azotes conforman un castigo irracional, porque van en contra del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5º en el punto 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que dice: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

La sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia, presenta claramente las dificultades que se pueden encontrar en la justificación externa. Es un punto debatible si la pena de los azotes, constituye o no una forma de tortura y por tanto, lesiva de los derechos de dignidad, libertad y seguridad o si por el contrario, no se produce esa afectación.

En realidad, la justificación externa se presentó a partir de un juicio valorativo entre significados distintos asignables a un mismo hecho, los azotes.

4. Conceptos de razón y arbitrariedad

Con independencia de que el sentido común, acompañado de los sentimientos, pueda ser una guía para diferenciar lo razonable de lo arbitrario y de que se pueda explicar que algunos países fundan su estructura política, a partir de las emociones dominantes, por obvio que resulte, debe decirse que lo razonable y lo arbitrario, deben entenderse como antónimos, como expresiones que tienen un significado opuesto y que, razón o razonable significan lo mismo, como lo propio será con lo arbitrario, irracional o irrazonable.

Hay en efecto, una preocupación porque el poder público se ejerza de forma razonable; la sociedad tiene la esperanza de que sus gobernantes tomen decisiones que se traduzcan en mejores niveles de vida, que fomenten condiciones propicias para el desarrollo, el empleo, la educación, la vivienda, la salud; y, en términos generales que el respeto a los derechos humanos constituya un modo ordinario de convivencia.

El término razón es polisémico, se pueden evocar una variedad de significados como: racional; razonable; lógico; ordenado; justo; proporcional; justificado; previsible, o bien, conceptos opuestos como irracional; arbitrario; ilógico; injusto; desproporcional; injustificado e imprevisible.

El Diccionario de la Real Academia Española, en la palabra razón, dice:

(Del lat. ratio- onis), f. Facultad de discurrir. II 2. Acto de discurrir el entendimiento. II3. Palabras o frases con que se expresa el discurso. II4. Argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo. II5. Motivo (II causa). II6. Orden y método en algo. II7. Justicia, rectitud en las operaciones, o derecho para ejecutarlas. II8. Equidad en las compras y ventas. Ponerse en la razón. II.9 Cuenta, relación, cómputo. Cuenta y razón. A razón de tanto. II10. coloq. Recado, mensaje, aviso.⁵³

En cuanto a la arbitrariedad, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala:

...la arbitrariedad es el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por voluntad o el capricho. En esta definición general se encuentran los distintos significados jurídicos de arbitrariedad. A veces, ésta es considerada un tipo de injusticia como, por ejemplo, hace Ihering cuando habla de ella como de la injusticia que comete el poder del Estado: el súbdito que contraviene la ley obra ilegalmente, no arbitrariamente. La arbitrariedad es la injusticia de los de arriba.⁵⁴

⁵³ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22ª. ed., Espasa Calpe S.A, Madrid, 2001, p. 1903.

⁵⁴ Ídem.

Con respecto al concepto de arbitrariedad, Federico Arcos Ramírez ⁵⁵ señala:

En general, tanto en el mundo jurídico como no jurídico, la arbitrariedad se identifica con el abuso del poder, con su utilización caprichosa, sin arreglo a motivo o razón alguno que lo explique o justifique.

Hay quienes considerarían que el término adecuado para la irracionalidad, tendría que ser el de caos, pues el caos es considerado como un concepto con aceptación científica, esta idea se apoya en el hecho de que el vuelo de una mariposa, en un momento y lugar determinados, podría derivar en el desencadenamiento de un tornado. Por absurdo que parezca, el punto es que un pequeño cambio podría generar una gran inestabilidad. Un ejemplo claro sobre un sistema caótico, sería el del clima; que muchas de las veces es impredecible.⁵⁶

No obstante, en este trabajo, el término que se seguirá empleando será el de arbitrariedad, no el de caos.

Los conceptos de razón y arbitrariedad, que se tratarán, se refieren a la razón y la arbitrariedad que opera en el derecho.

En el derecho, se forjan expectativas orientadas en distintas tipologías: de quienes hacen las leyes; de quienes las aplican y de aquellos que vigilan que se cumplan pero, el aspecto común a todos, es atender al imperio de la ley, a la supremacía constitucional en el marco de un estado, social y democrático de derecho.

La decisión de controversias es un punto especialmente importante para preservar el respeto y disfrute efectivo de los derechos que fundan a una sociedad. Los jueces, como participantes, deben arribar a decisiones definitivas en los juicios sometidos a su jurisdicción con apego al cumplimiento de reglas que en

⁵⁵ Arcos Ramírez, Federico, *La Seguridad Jurídica*, Universidad Carlos III de Madrid, S.L. Dykinson, Madrid, 2000, p. 54.

⁵⁶ Klinowsky, Mateusz, *Harmony, chaos, complexity and the system of law in between complexity of law and lack of order, philosophy of law in the era of globalization*, Judyta Weglowsdka, Beijing, ed. Tourn, 2009. En muchas ocasiones podemos ver que un cambio relativamente pequeño en las normas, tiene un impredecible y desproporcionado efecto.- Es un hecho bien conocido que inducir una nueva ley es siempre una empresa riesgosa- uno nunca estará seguro si una disposición en particular, según su contenido o su lugar dentro del sistema, será suficiente para asegurar la implementación de los objetivos propuestos. También hay algunos casos en los que un pequeño cambio, sin importancia, tiene un gran impacto en todo el sistema social. [trad. MMM]. pp. 91-98.

algunos casos resultan simples; estos casos pueden considerarse casos fáciles, en donde es suficiente una operación que se realiza mediante un argumento deductivo. Se tiene la norma, los hechos que se ajustan a la norma y la consecuente subsunción de la norma al caso concreto. La exigencia de racionalidad se limita a una justificación interna de tipo lógico formal.

En cambio, existen otros casos que representan un nivel distinto de complejidad. En estos supuestos la distancia hacia lo previsible es mucho mayor; pueden surgir problemas relacionados con las normas, problemas vinculados con los hechos, o con las consecuencias jurídicas que se deban asignar.⁵⁷

Frente a la naturaleza de estos casos difíciles, se espera que la solución que imponga el participante, sea racional, pero ante la dificultad que representa interpretar la ley o hacerse cargo de los hechos, para decidir si se probaron o no, puede resultar de ello una decisión arbitraria, que se ubique en un punto distante de lo previsible; en otros términos, que frustre las expectativas en la preservación de derechos relevantes del sistema jurídico, o que tergiversen el sentido de apreciar los hechos, en conciencia, atendiendo a principios de la lógica y la experiencia común.

Estos resultados negativos, son los que se deben catalogar como arbitrarios.

Por otra parte, el uso de los términos razonable o arbitrario, están condicionados a una decisión vinculada a un sistema regulatorio de operadores deónticos, que fijan proposiciones obligatorias, prohibidas o permisivas, pero también a sus consecuencias, que pueden elevarse a un contexto moral, en el que lo inmoral causa repulsión por arbitrario y lo moral, aprobación, por razonable.

La racionalidad jurídica, puede entenderse como cualquier manifestación o uso de la razón en el derecho. Norberto Bobbio, considera que el derecho racional ha sido un tema central de la filosofía del derecho, desde Grecia hasta Kant, pero

⁵⁷ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, ed. Ariel, Barcelona 2002. Sobre los casos difíciles señala que cuando en algún litigio no se puede subsumir la norma jurídica al caso concreto, el juez tendrá discreción para decidir el caso en un sentido o en otro. En este caso, el juez debe descubrir en el sistema jurídico, cuales son los derechos de las partes, p. 146.

que la racionalidad en el derecho consiste básicamente en el empleo de métodos y procedimientos de interpretación y aplicación del derecho.⁵⁸

Aarnio, basándose en un argumento de Wittgenstein, señala que la racionalidad debe circunscribirse a una forma de vida compartida; es decir, a un principio de la mayoría en un contexto social no homogéneo.⁵⁹

La idea de Wittgenstein es relevante desde el aspecto que involucra al principio de la mayoría, ya que en una democracia, aún con las distancias sociales, la mayoría es la que determinará la voluntad que debe prevalecer en el entendimiento de las normas sobre la base de que éstas, son la expresión de una forma de vida inscrita en un sistema jurídico y delineada a partir de principios, obligaciones, permisiones o prohibiciones.

Óscar Correas, explica que la discusión contemporánea se preocupa por encontrar la racionalidad en la argumentación judicial; que el significado de la palabra racionalidad se debe buscar en el contexto del discurso jurídico. Sobre sus significados explica que hay semejanza entre racionalidad y razón; y, razón se puede entender como: logos; como causa; como justificación y/o fundamento; como experiencia; como estrategia de medios y fines; como previsibilidad; como lógica y como derecho.⁶⁰ De los términos empleados es de especial interés el que identifica a lo racional con lo previsible.⁶¹

Francisco Laporta también, hace importantes reflexiones en torno al tema del imperio de la ley con motivo de las opiniones de Elías Díaz y con relación al contenido racional y previsible de la ley. Considera que la ley y particularmente el estado de derecho, son en principio un recurso que brinda seguridad, porque las personas sabrán a qué atenerse con motivo de los actos de las autoridades; éstas habrán de sujetarse, necesariamente a las disposiciones legales del estado de

⁵⁸ Diccionario histórico judicial de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010, Tomo III, pp. 1465-1469.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Correas, Óscar, "Por los caminos de la razón", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, 2003, Núm. 6, pp. 48-59.

⁶¹ *Ibidem.*, Al efecto, Óscar Correas comenta: "El derecho racionaliza la sociedad... con ello queremos decir que el derecho otorga previsibilidad al mundo. Esto es, que permite a los ciudadanos tomar previsiones pues, teniendo en cuenta la efectividad de la ley, se producirán ciertos sucesos en el futuro... simplemente, podríamos cambiar "racionalidad" por "otorgar previsibilidad, sin pérdida de sentido.", p.57.

derecho. No obstante, la ley, por sí misma, sin las consideraciones éticas que las respaldan serían inútiles porque es necesario entender que las leyes cumplen un propósito, se orientan a organizar un modelo de vida que dignifique a la persona, sin proveerla de este sentido, aplicar una ley, cualquiera que fuera su contenido, daría lo mismo. En contrapartida, la arbitrariedad sería “*el reino de la total inseguridad; la lucha contra la arbitrariedad es, entre otras cosas, la lucha por la seguridad jurídica*”.⁶²

Por su parte, Jerzy Wróblewsky entiende a la racionalidad del discurso jurídico, desde el punto de vista de la justificación.

Con referencia a ello, Jerzy Wróblewsky señala:

El término “racional” significa que una proposición, una norma o una valoración son justificable mediante una argumentación apropiada. En general, una decisión es racional si se basa en un determinado conocimiento y en determinadas valoraciones, Cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión. Los criterios acerca de lo que sea una argumentación apropiada son diferentes ya que dependen de muchos factores. La calificación de un argumento ha de relativizarse a un determinado tipo de audiencia (o a una audiencia dada) y a un determinado tipo de situación (o a una situación dada).⁶³

Esta significación de Wróblewski sobre el término racional, también incorpora la idea de previsibilidad, en la medida en que una decisión racional se espera que se emita en una forma preconcebida, tanto desde el aspecto interno, como del externo; es decir, hay que entender que la actividad autoritaria se guía por los valores de certeza jurídica, seguridad jurídica y estabilidad de las decisiones.

⁶² Laporta, Francisco, *Imperio de la ley, reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*, en Carbonell, Miguel, *et al. Estado de Derecho*. Siglo XXI, ITAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp. 97-99.

⁶³ Op. Cit. Wróblewsky, Jerzy, nota 38, p.46.

La idea de racionalidad interna se vincula con una calificación formal de los argumentos a partir de la que es factible considerar que si las premisas son verdaderas, la conclusión igualmente deberá ser verdadera.

En cambio, la racionalidad externa está orientada hacia la idea de la aceptación en las premisas; es decir, éstas pueden aceptarse o ser rechazadas, todo dependerá de la argumentación con la que se construyan las razones para arribar a alguna conclusión.⁶⁴

Wróblewsky, Óscar Correas, Francisco Laporta y Elías Díaz, coinciden en plantear que la racionalidad se constituye en un medio para brindar seguridad; habrá seguridad, en tanto sea previsible la decisión que se vaya a adoptar, tanto en su racionalidad interna, como en la externa.

Esta seguridad, por lo menos en el derecho, se pretende encontrar a partir de la delimitación de principios o normas que regulen un procedimiento a seguir para resolver cualquier tipo de conflicto; el empleo de estas normas o principios se conoce como justificación y si bien, en los casos difíciles el ámbito de discrecionalidad se extiende, ante la necesidad de interpretar los hechos o el derecho, se espera que el uso de esa discrecionalidad, colme las expectativas éticas delineadas en el propio sistema jurídico, a partir sus principios.

En este sentido, la justificación puede entenderse como un proceso racional que busca dar seguridad; esto de forma más particular, a partir del respeto a la legalidad a las normas establecidas; a reglas de interpretación para los casos de ambigüedad, lagunas o antinomias pero, sobre todo, en este camino de la razón se busca reafirmar desde un aspecto sustantivo el reconocimiento de derechos

⁶⁴ Cfr. Redondo, María Cristina, *Justificación de decisiones judiciales en jueces y derecho*, en Carbonell, Miguel *et. al.* (comp.), Porrúa, México, 2004. La autora difiere de la idea de justificación interna y externa de Wróblweski, considera que son conceptos imprecisos que se entrecruzan en tres aspectos: “a) sobre si las razones de la justificación judicial son de carácter interno o externo al sistema jurídico; b) sobre si la obligación del juez incluye el deber de garantizar la corrección moral del argumento, y c) sobre los tipos de argumentos –lógicos o no lógicos adecuados a cada justificación.” Difiero de esta apreciación porque Wróblweski entiende a la justificación interna desde el punto de vista de la lógica, cuando la conclusión se puede inferir de las premisas y la justificación externa en el sentido de si las premisas son o no aceptadas; esto a partir de criterios diversos, según una audiencia y situación dadas, pp. 255 y 256. Al efecto, se cita: *Cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de racionalidad externa de la decisión.* Cfr. Wróblweski, *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit. Nota 63.

que ahora se conciben no sólo desde su percepción positiva, como derechos vigentes o válidos por emanar de un sistema normativo complejo, sino por su contenido sustancial, por su carga ética, que desde su estructura más esencial pretende que los actos autoritativos no sólo se funden en la ley, sino que contengan un núcleo sólido de valores, que hagan que la razón impere por encima de la arbitrariedad; esto, dentro del marco de los derechos reconocidos por la humanidad, en una extensión universal.⁶⁵

En otras palabras, cuando el participante emita una decisión y ésta pueda anticiparse, según la respuesta que conforme al sistema normativo, corresponda a ese supuesto, en este caso, se podría afirmar que tal decisión será racional, dada su compatibilidad con lo que se esperaba.⁶⁶

A manera de ejemplo, podemos imaginar que un conocido delincuente, es detenido con armas y en posesión de estupefacientes.

No hay duda en los hechos, están debidamente probados, ya que en la detención participaron un buen número de policías, fueron tomadas sus declaraciones, se dio fe de la existencia del arma y del estupefaciente, así como se levantaron pruebas periciales para determinar el tipo de arma y la naturaleza de la droga.

Luego, previsiblemente deberíamos esperar que a ese individuo le dictarán una sentencia de condena por portar armas y poseer droga pero, si al final se le absuelve, entonces, ante esta eventualidad, podríamos opinar que la decisión del juez es arbitraria, ya que su absolución frustró las expectativas de evitar la impunidad; y, si en lugar de ello, el resultado es el de una sentencia condenatoria,

⁶⁵ Nieto García, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, ed. Trotta, Madrid, 2007. Considera que un derecho amoral, puede convertirse en un instrumento arbitrario de la voluntad del poder, pues las leyes no darían cuenta a nadie de su contenido; no obstante, desde una visión crítica señala que la idea de moralidad no es única y que esta ha sido objeto de manipulación, como ocurrió durante el Franquismo en donde las leyes se autoproclamaban con una moralidad católica; o en los países socialistas que impusieron una moral a través de sus leyes, p.72. No obstante, a pesar de que los planteamientos de Alejandro Nieto, tienen una enorme realidad, la moral que se busca encontrar en las normas o principios como normas, en el marco de un sistema jurídico, son las que emanan de una acción comunicativa que actualice los significados que se deban asignar a los problemas interpretativos, que involucren consideraciones morales, orientados en la dignidad humana.

⁶⁶ Caracciolo, Ricardo. *El derecho desde la filosofía, ensayos*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009. En la racionalidad de una decisión jurídica individual, o bien en una sentencia, se asocia de manera fuerte su grado de predecibilidad; conforme a esta exigencia se estima que si una decisión es impredecible, básicamente se deberá considerar como arbitraria o irracional, p. 71.

en tal hipótesis consideraríamos que esa decisión es racional, dado que es lo que se esperaría ante esas circunstancias.⁶⁷

No obstante que el ejemplo anterior pueda dar sentido para diferenciar lo racional de lo arbitrario, según la previsibilidad o el resultado esperado, la verdad es que vista con detenimiento esta condición de previsibilidad, podría conducir a conclusiones inconsistentes pues hay muchas hipótesis en las que no todo lo previsible es necesariamente racional.

Así es, si únicamente lo racional fuera aquello previsible, bastaría con que alguna decisión presentara una diversidad de alternativas para que su justificación dejara de ser previsible y por consiguiente, racional.

Esta ausencia de previsibilidad es frecuente en las decisiones judiciales,⁶⁸ pues la ley o los hechos requieren de interpretación en el primer caso y de su demostración, en el segundo. Estas exigencias llevan a caminos insospechados en ocasiones, opuestos, ya que se pueden dar diferentes lecturas a un mismo enunciado y ambas podrían estar sustentadas en buenas razones.

Esta característica cambiante en la interpretación de las normas, se hace evidente en el ejemplo que sigue:

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió una contradicción de criterios de un mismo tema; después, emitió otro criterio que a su vez dio lugar a una nueva resolución de contradicción; es decir, por extraño que parezca, se trata de la contradicción de otra contradicción.

En la Octava Época, la tesis por contradicción, 2ª./J.11/94, tenía como rubro:

⁶⁷ Aun con todo, faltaría analizar las constancias que conformaron el proceso, los detalles de la averiguación previa, e incluso de la acusación, pues alguna deficiencia técnica podría conducir a una condena absolutoria, aun cuando aparentemente todo lleve a pensar que el juez debió condenar. Estos casos son frecuentes y se sobredimensionan con fines ideológicos.

⁶⁸ En los artículos 196 y 197 de la Ley de Amparo, se establecen los procedimientos para resolver criterios contradictorios de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito. Esta Ley de Amparo, debe abrogarse con motivo de la reforma constitucional del 6 de junio de 2011, conforme al artículo segundo transitorio, que fija un plazo de 120 al Congreso para que emita la nueva ley de amparo; sin embargo, en la reforma constitucional y en el proyecto de Ley de Amparo, subsiste esta posibilidad de que se presenten criterios contradictorios, aunque a través de los Plenos de Circuito, que se avocarán a resolver las contradicciones entre los Tribunales Colegiados.

CUOTAS OBRERO PATRONALES. LA AYUDA DE RENTA QUE LA COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD OTORGA A SUS TRABAJADORES EQUIVALE A LAS APORTACIONES AL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA, PARA EL EFECTO DEL PAGO DE LAS.⁶⁹

En la Novena Época, la tesis por contradicción, 2ª./J.51/95, interrumpió el criterio anterior, y sostuvo el criterio opuesto con el rubro siguiente:

CUOTAS OBRERO-PATRONALES. LA PRESTACION CONSISTENTE EN AYUDA DE RENTA NO ES EQUIPARABLE A LAS APORTACIONES AL INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA EFECTOS DE INTEGRACIÓN DEL SALARIO BASE DE COTIZACIÓN.⁷⁰

También, es posible que los hechos se prueben sólo de manera formal, sin tener referencia con la realidad, como ocurre con las presunciones legales o humanas, lo que hace que en esos casos la solución pueda llevar a arbitrariedades, ya que se podrían construir premisas falsas y por tanto, los resultados podrían ser absurdos o incongruentes

Este problema ha sido identificado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de las presunciones que operan en materia tributaria, como lo explica la tesis que se transcribe:

PRESUNCIONES SOBRE EL INCREMENTO DEL PATRIMONIO DEL CONTRIBUYENTE. SUS ALCANCES EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA TRIBUTARIA. Las presunciones legales son frecuentes en el ámbito tributario en virtud de que se anticipan a las posibles conductas fraudulentas de los sujetos obligados y parten de una probabilidad normal en la realización de un hecho de difícil constatación para la autoridad fiscal creándose así una verdad jurídica distinta a la real, siendo su fundamento el artículo, que autoriza al legislador para que dentro de un sistema tributario justo adopte las medidas para lograr el exacto cumplimiento de las obligaciones fiscales, en el entendido que debe existir un correcto equilibrio entre el hecho demostrado y el presumido, de manera que uno sea consecuencia necesaria del otro. Si esta elemental regla de deducción lógica no se respeta en la norma de presunción, o haciéndolo, el proceso deductivo es incoherente, se habrá provocado indefensión al contribuyente por señalarse un supuesto jurídico poco probable, absurdo, irracional

⁶⁹ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación 80, Octava Época, Agosto de 1994, p.17.

⁷⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta II, Novena Época, Septiembre de 1995, p. 244.

o imposible de plantear, cuya presunción mal trazada producirá su inconstitucionalidad por ser incompatible con los postulados de equidad y proporcionalidad, a pesar de que sea un instrumento que en apariencia trata de reprimir el fraude a la ley tributaria. Así, la inconstitucionalidad puede sobrevenir por no responder a criterios de equidad o capacidad contributiva, que en parte conforman la idea de justicia en el ámbito tributario, pues una mala o deficiente estructura de la presunción legal provocaría que se creara en lugar de una verdad jurídica aceptable, una ficción jurídica imposible de rebatir y sin trascendencia para constituir el hecho imponible.⁷¹

Por tanto, no se podría adoptar una definición estricta sobre lo racional como previsible, en el sentido de que sólo lo previsible tendrá que ser necesariamente racional.

El límite que distingue a lo razonable de lo arbitrario debe considerarse maleable, flexible, según las peculiaridades de cada caso. Lo razonable así, puede ubicarse más como un principio, que como una regla.⁷² En este sentido se puede considerar que lo razonable es un principio en el que la previsibilidad puede medirse en una escala que va de lo arbitrario a lo racional.

Un principio admite diferentes grados de satisfacción, según su aproximación a lo razonable o a lo arbitrario; en tanto que una regla, opera sobre la base de una distinción absoluta entre su cumplimiento o incumplimiento.

En el discurso jurídico y particularmente, en el terreno de las decisiones judiciales, la razón o lo razonable se debe concebir como un concepto sujeto a una graduación, que podrá colmarse de mayor peso, según la compatibilidad con

⁷¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXIX, Abril de 2009, p. 730.

⁷² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ed. Ariel, 5ta. reimp. Barcelona, 2002. Se apoya en los casos *Riggs y Henningsen*. Considera que las normas de un sistema jurídico, comprenden a los principios y a las reglas; los principios tienen una dimensión que falta en las reglas, se trata de la dimensión del peso o importancia. Las reglas, en cambio, son o no son funcionalmente importantes. Los principios deben distinguirse de las directrices políticas, estas se caracterizan por fijar un objetivo que se pretende alcanzar, que puede ser de carácter social, económico o político; en tanto, que el principio constituye una exigencia de justicia, equidad o alguna dimensión de moralidad. En el caso *Henningsen*, se explica que el enunciado que dice que “el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches”, es un principio, pues no se fija una consecuencia automática ante el incumplimiento de esa obligación, tal principio sólo añade un peso a esa obligación que interfiere con otros principios como el de la libre contratación, pues los fabricantes de coches pierden esta libertad, ante su especial obligación y tendrían que responder no sólo de los desperfectos emanados de la fabricación de automóviles, sino de las consecuencias que podrían derivar, como los daños a la salud del comprador o de terceros. pp.72-78.

los significados que correspondan con el sistema normativo; estos significados inclinarán la graduación hacia lo razonable, cuando se colmen las expectativas en que se funda el sistema normativo, tanto en su orden como en su jerarquía, en la perspectiva del observador y el afectado, con respecto a la decisión del participante.

Con relación a la concepción delimitada sobre la razón o lo racional, ambas palabras se identifican con el principio de razonabilidad.

Este principio ha sido reconocido en el derecho internacional, precisamente en la opinión consultiva OC-13/93 de 13 de julio de 1993, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por la República de Argentina y por la República Oriental de Uruguay, cuyo texto, en los párrafos 32 y 33 es el siguiente:

32. Conviene, ahora, considerar el asunto de los términos "*razonabilidad*", "*conveniencia*" y "*autenticidad*", mencionados por los gobiernos solicitantes en la primera pregunta. Se solicita de esta Corte una opinión sobre si la Comisión puede aplicar estos vocablos para "calificar y dar su criterio" sobre leyes internas discutidas en el marco de los artículos 41 y 42 de la Convención.

33. La "*razonabilidad*" implica un juicio de valor y, aplicada a una ley, una conformidad con los principios del sentido común. Se utiliza, igualmente, referida a parámetros de interpretación de los tratados y, por consiguiente, de la Convención. Siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario, es un calificativo que tiene contenido axiológico que implica opinión pero, de alguna manera, puede emplearse jurídicamente como, de hecho, lo hacen con frecuencia los tribunales, pues toda actividad estatal debe no solamente ser válida sino razonable. En cuanto a la "*conveniencia*" de una ley la cuestión se puede prestar a apreciaciones de carácter subjetivo, salvo que la expresión se utilice en el sentido poco usual de "*correlación*" o "*conformidad*" entre las normas internas y las provenientes de la Convención. Respecto de la expresión "*autenticidad*" de una ley, que podría poseer el significado jurídico de lo verdadero, cierto o legalizado de modo que haga fe pública, parece no tenerlo en el contexto de la consulta.⁷³

⁷³ <http://www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%2013.htm> (5 de marzo de 2012).

La selección de los significados determinará la pauta para calificar una decisión como racional o arbitraria. Podría presentarse un punto intermedio, pero, si la razón y la arbitrariedad funcionan como lo haría un código binario, dado que finalmente tendrá que decidirse sobre la legalidad o la ilegalidad, habría que asignar a la decisión un lugar en lo arbitrario o en lo razonable.

Por otra parte, la razón debe involucrar no sólo la aplicación de normas de un sistema jurídico, la prueba de los hechos y su interpretación, sino igualmente un sentido de justicia, de equidad o de algún otro valor relevante que paralelamente involucre sentimientos que faciliten la conexión entre la aplicación del derecho y su humanización.

Por tanto, a partir de las ideas precedentes, se puede construir un concepto sobre razón y arbitrariedad, en el derecho, que será empleado en el desarrollo de la presente tesis:

En principio, es necesario fijar una representación para las proposiciones que se integren a cada concepto.

- Caso fácil: F⁷⁴
- Caso difícil: D
- Participante: P
- Observador: O
- Afectado: A
- Sistema normativo: S
- Sistema normativo subsidiario: S1⁷⁵
- Derecho válido: V⁷⁶
- Hechos probados: H.
- Norma: q

⁷⁴ Un caso fácil supone la ausencia de problemas en las normas y en la demostración de los hechos.

⁷⁵ El sistema subsidiario, es el que corresponde a los tratados internacionales sobre derechos humanos, conforme a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 al artículo 1, en el contexto del control convencional. El empleo del sistema subsidiario, supone la existencia de un caso difícil, pues el derecho interno no resolvería el conflicto de normas y consecuentemente, la determinación del derecho válido.

⁷⁶ El derecho válido incluye a los precedentes de carácter obligatorio. Se trata del derecho aplicable al caso, ausente de conflictos, aquel que se determina, una vez que se han resuelto los problemas de validez en términos de los ámbitos de validez de la norma, temporal, material, espacial, o incluso validez axiológica e interpretación, con motivo de antinomias o lagunas.

1. En la razón jurídica, F el participante P, en un primer nivel, tendrá que incorporar V, el reconocimiento del derecho válido y los criterios de interpretación obligatorios en el contexto de un sistema normativo S.⁷⁷

Esto, equivaldría a que P, tiene que dar la solución que el derecho válido V, del sistema normativo S consigna para H, pues si no hay duda de que esa es la solución, la racionalidad debe encontrarse en la previsibilidad de un fallo, que acierte a esa respuesta; esto, considerando una operación de carácter deductivo, en donde la conclusión se haga derivar de las premisas.

En otros términos se podría decir que el caso F, se ajusta a la razón, porque es previsible, necesariamente,⁷⁸ para A y O, que P seleccionara la norma q, que corresponde a V de S, para los hechos H, pues las consecuencias de aplicar la norma q a H, corresponden a las expectativas reconocidas en V de S, para P, A y O.

Un caso F, sería arbitrario cuando P no aplique la norma q, de V de S, a H, pues las consecuencias frustrarían las expectativas previsibles de A y O, reconocidas en la aplicación de la norma q de V de S para H.

También sería arbitrario, que P no tuviera por probado H, pues no podría aplicar la norma q de V y con ello, frustraría las expectativas previsibles de A y O, reconocidas en la aplicación de la norma q de V de S para H.

2. En un segundo nivel, (casos difíciles) cuando la decisión que deba tomarse entre distintas posibilidades no resulte evidente en el marco del derecho válido o de los criterios de interpretación aceptados, o en los hechos probados, tendrá que verificar una justificación externa a partir del hallazgo de significados, según la jerarquización de los valores reconocidos, en una doble función: interior, para encontrar la respuesta dentro de un sistema normativo y, exterior en un

⁷⁷ Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, con relación a la teoría de MacCormick, señala que uno de los presupuestos de la justificación deductiva, es la del deber del juez de aplicar las reglas de derecho válido, p. 112.

⁷⁸ En la justificación interna, que corresponde a los casos fáciles, la previsibilidad es necesaria, pues supone la ausencia de problemas en la interpretación de las normas y en la valoración de los hechos.

sistema normativo subsidiario, teniendo en cuenta las consecuencias, en un intercambio de roles con el observador y el afectado.⁷⁹

En este supuesto se diría que la decisión D, es racional porque es previsible que P argumentara a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema DV de S o S1, o el problema DH, conforme a los criterios de interpretación de V de S o S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV o DH, es próxima a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.

Por el contrario, se diría que la decisión D, es arbitraria porque es imprevisible que P argumentara a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema DV de S o S1, o el problema DH, conforme a los criterios de interpretación de V de S o S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV o DH, es lejana a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.

5. Razón y verdad

Son cuestiones independientes la verdad de una proposición y la creencia de que esa proposición es verdadera; como es distinto también justificar la creencia de su verdad.

Kant, distingue a la razón teórica, de la razón práctica; la primera, se refiere al saber epistémico, a la facultad de conocer; mientras la última, al saber práctico,

⁷⁹ Esta idea incorpora la noción de justificación externa de Wróblewski, pero a la vez considera la posibilidad de que se examine la validez de una norma, desde el enfoque de los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales; con relación al artículo 1 constitucional, reformado el 10 de junio de 2011, mediante el control difuso de la convencionalidad.

a la facultad de desear,⁸⁰ que según Rawls, tiene un sentido constructivo o una fuerza legisladora.⁸¹

La razón práctica determina el conocimiento sobre las proposiciones constitutivas de la voluntad⁸²; el conocimiento teórico guía al propio entendimiento, sin considerar a la acción.⁸³

Al razonamiento teórico le interesa determinar si los estados de cosas enunciados existen; al razonamiento práctico le importa la corrección de las oraciones morales, si son debidas o prohibidas.⁸⁴

El idealismo filosófico, cree en la posibilidad de que a partir de la razón, se puede conocer lo verdadero, lo bueno, lo justo; así como lo falso, lo malo o lo injusto.⁸⁵

No obstante, carecemos de un acceso directo al conocimiento de la verdad de las proposiciones descriptivas (de un estado de cosas), y con mayor razón, carecemos de un acceso directo para el conocimiento de las proposiciones prescriptivas (una acción debida o prohibida); por eso, la verdad en las proposiciones descriptivas o la de validez de los juicios morales debe encontrarse en el contexto del lenguaje, lo que permitiría el mismo tratamiento para el razonamiento teórico y práctico, desde un enfoque pragmático.⁸⁶

La verdad; de un enunciado descriptivo, o la validez de una oración pueden ser cuestionadas. De hecho, hemos moderado las aspiraciones por encontrar la verdad, quizá porque la verdad es sólo una, insustituible, inflexible e inalcanzable.

⁸⁰ Bielsa, Toni, *Placer y Deseo en la Teoría Kantiana de la Acción*, <http://www.raco.cat/index.php/convivium/article/viewFile/73384/98504>, (PDF), Universidad de Barcelona, (consulta 29 octubre 2012). El autor explica que una de las pocas ocasiones en que Kant define igual un término es con la facultad de desear: “facultad de ser, por medio de sus representaciones, causa de la realidad de los objetos de esas representaciones”, p 68.

⁸¹ Habermas, Jürgen, *Verdad y justificación*, ed. Trotta, [trad. Pere Fabra y Luis Díez] Frankfurt am Main, 2002, p. 263.

⁸² Op. Cit, Bielsa Toni, señala que “Kant identifica a la razón práctica con la voluntad; esto debido a que la actividad práctica del hombre está sometida a leyes y la razón se establece como facultad que proporciona leyes a dicha actividad. Este uso práctico de la razón en tanto que proporcionadora de leyes lo identifica Kant con voluntad”, p. 75

⁸³ Op. Cit. Habermas, Jürgen, *Verdad y justificación*, p. 261.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Ídem, las respuestas planteadas por Platón, Aristóteles y Kant, dependen de cómo se entiendan esos conceptos.

⁸⁶ Ibídem, “La *verdad* de las oraciones descriptivas significa que los estados de cosas enunciados *existen*, mientras que la *corrección* de las oraciones normativas refleja la obligatoriedad de modos de actuar debidos (o prohibidos)” p. 263.

Algunos modelos teóricos de interpretación de los hechos pretenden encontrar una función semántica de los enunciados fácticos que correspondan con la realidad; se fundan en la noble intención de que la justicia sea administrada sobre premisas verdaderas, lo que desde luego es absolutamente plausible, pero en los márgenes de la posibilidad, siempre quedará un espacio que nuestro limitado conocimiento no podrá cubrir.⁸⁷

La razón parece resistir la polaridad de las opiniones, porque se le preserva y se le deja como la alternativa con la que siempre se puede contar, creemos que tarde o temprano la razón solucionará los desencuentros, los conflictos, las guerras; esto, a pesar de las deficiencias que puedan tener el valor de las premisas, pues la racionalidad tolera en alguna proporción, los argumentos contruidos sobre meras aproximaciones a la verdad, en hechos que no han sido escrupulosamente demostrados, más bien edificados sobre un rango de confianza o buena fe, en un grado de probabilidad aceptable.

Por ello, la verdad en los hechos, o la validez de un juicio moral, deben encontrar una explicación común y esta explicación la puede dar el lenguaje, pues hay una analogía entre la capacidad de distinguir juicios verdaderos, de los juicios que se tienen por verdaderos, con respecto a la capacidad de diferenciar juicios morales válidos de los juicios morales vigentes.⁸⁸ Ahora bien, el desarrollo cognitivo y el desarrollo moral,⁸⁹ construyen representaciones culturales, que permiten fijar una analogía entre la verdad y la corrección de los juicios morales.

Un enunciado es verdadero si bajo ciertas condiciones de comunicación de los discursos racionales, puede resistir todos los intentos de refutación;⁹⁰ sin embargo, en el caso de las proposiciones veritativas, la referencia se hace hacia el

⁸⁷ Cfr. Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho*, Barcelona, Marcial Pons, Madrid 2004, propone un modelo cognoscitivista en el que la verdad debe concebirse como correspondencia empírica; en los casos de las pruebas directas, como la inspección, el juez puede conocer directamente los hechos; pero, la mayoría de las veces, la ausencia de pruebas directas impiden este conocimiento directo y entonces la verdad habrá de buscarse mediante una inferencia, pp. 97-98.

⁸⁸ Op. Cit. Habermas, Jürgen, *Verdad y justificación*, p. 268.

⁸⁹ *Ibidem*. Con relación al desarrollo cognitivo, Habermas se remite a Lawrence Kohlbert y a Piaget, al primero porque reporta en sus investigaciones que el dominio de las operaciones cognitivas es una condición necesaria para el aprendizaje de los niveles del juicio moral; y a Piaget, porque también se refirió al desarrollo de las facultades cognitivas del niño ya que el mundo social juega un papel relevante para el desarrollo de la conciencia moral, similar al papel que desempeña el mundo objetivo para las operaciones cognitivas p. 269.

⁹⁰ *Ibidem*. 277.

mundo objetivo; mientras que en los juicios morales, la referencia se hace a un mundo inclusivo, universal, de relaciones interpersonales ordenadas.⁹¹

Una comprensión empirista de los juicios morales diría que las reacciones de aprobación o rechazo se acompañan de sentimientos, que podrían ser de rencor, dolor, desprecio, vergüenza, culpa, remordimiento, indignación, ira, valor, coraje, admiración o respeto. Esta concepción forma parte de las condiciones de legitimación del derecho moderno, pero no puede dar entera cuenta de su propia validez.⁹²

En este sentido, la verdad en los hechos o la validez en los juicios morales, debe concebirse en el marco del lenguaje, conforme a la delimitación de los significados de orden cultural, en una visión pragmática, conforme a la cual, la refutación o la corrección en la verdad o en la validez, esté sometida a un contraste de razones, que lleve a una conclusión con la que se pueda entablar un razonamiento, sin importar que este resultado tenga una correspondencia fiel y absoluta con la realidad, basta con una aproximación aceptable, en el encuentro de la perspectiva del participante P, del afectado, A y del observador O.

6. Razón, ideología y religión

Weber, hace una diferenciación entre la consideración sociológica y la jurídica respecto al derecho, orden jurídico o legal.⁹³

Al derecho, le importa el sentido normativo que pueda asignarse a un enunciado en un sentido correcto; en cambio, a la sociología le interesa la acción social emanada de la conducta de un conjunto de hombres dispuestos a preservar un orden que consideran válido.⁹⁴

⁹¹ Ibídem. 274.

⁹² Ibídem 266-267.

⁹³ Romero Pérez, Jorge Enrique, *La sociología del derecho en Max Weber*, ed. Universidad de Costa Rica, Venezuela 1975. "... más propiamente, se habla de "orden jurídico" cuando exista la perspectiva de aplicar cualquier medio coactivo, físico o psíquico, ejercido por un aparato coactivo, esto es, por una o varias personas que están dispuestas a manejarlo caso de que se presente la situación; cuando, por tanto, existe una forma específica de socialización a los fines de la "coacción jurídica". P. 203.

⁹⁴ Weber, Max, *Economía y Sociedad*, trad. Medina Echavarría, José, et. al., ed. Fondo de Cultura Económica, XVIII reimp. México, 2012, "...debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica. La primera se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es, qué significación o, lo que es lo mismo, qué sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica. Por el contrario, la última se

Hay que distinguir entre una acción subjetiva y una acción social. La primera es una conducta significativa realizada por el sujeto que la ejecuta; la segunda, está relacionada con la conducta de otros, pero también es significativa en el sentido de que la pluralidad de conductas se dirige a un mismo fin.

Una acción social puede considerarse desde cuatro puntos de vista:

1. Racional con arreglo a los fines.
2. Racional con arreglo a los valores éticos, estéticos o religiosos.
3. Afectiva, según estados sentimentales actuales.
4. Tradicional, determinada por la costumbre.⁹⁵

Una acción social puede desarrollarse con una representación que califique como válido un sistema cuando su estructura y orientación resultan significativas con los valores que se reconocen como relevantes para la comunidad.

La legitimidad de un sistema en el que se realiza una acción social, puede reconocerse de manera afectiva; por una consideración racional en función de los valores que se generan; por una consideración religiosa, de la que depende la salvación; o bien, sólo por la expectativa de que se producirán consecuencias externas que corresponden a una causa relevante.

Una convención se presenta ante la probabilidad de que un conjunto de personas rechacen una conducta que resulta discordante con un orden concebido. Es una convención porque se trata de una norma cuya infracción es sancionada por la sociedad; el derecho está validado por la probabilidad de coacción física o psíquica cuando no se observa ese orden.

Con independencia de las consideraciones atinentes al conservadurismo del derecho y al papel que tienen los abogados, jueces, políticos y burócratas, Romero Pérez dispone una serie de señalamientos sobre la racionalización del derecho:

pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad en razón de que existe la probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideren subjetivamente como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica p. 251.

⁹⁵ Weber, Max, *Conceptos sociológicos fundamentales*, ed. y trad. Abellán, Joaquín, Alianza Editorial, 1ª ed. 2006, reimp. Madrid 2010, p. 101

- 1) En las universidades se recibe el derecho romano, se moldea, se ajusta de modo que tenga consecuencias en la realidad, según circunstancias específicas.
- 2) Se crea un cuerpo de individuos, como jueces, profesores, policías, políticos y legisladores, encargados de vigilar la creación, interpretación y enseñanza del derecho.
- 3) Se racionaliza el uso del derecho como un sistema a partir de reglas abstractas empleadas por una burocracia que emplea principios axiomáticos como:
 - a. No se puede alegar ignorancia de la ley.
 - b. La ley se aplica a todos los que se encuentran en territorio soberano.
 - c. Todo caso tiene una solución por la costumbre, analogía o por los principios generales de derecho.
 - d. Las sentencias se deben ejecutar, incluso por la fuerza.
 - e. La ley no tiene efectos retroactivos.
 - f. Los individuos cuentan con una serie de derechos subjetivos que puede oponer frente al estado.⁹⁶

Con todo ello, según Weber, el capitalismo engendró un sistema en el que su racionalización se dirige, a las empresas, a la contabilidad, a la ciencia, a la técnica, al derecho y se fomenta una ideología de la vida mundana impulsada por los fríos y calculados impulsos del mercado.

En cuanto a la creación del derecho y su aplicación, Weber también apunta a la circunstancia de que tales actividades pueden ser irracionales o racionales.

Sería irracional la creación o la aplicación del derecho, desde el punto de vista material, cuando se realizan con procedimientos no controlados

⁹⁶ Op. Cit. Romero Pérez, nota 93. Es interesante el tema de la racionalización del derecho: “El derecho moderno le sirve al capitalismo, ya que este derecho formal es calculable, previsible, la magia y el ritualismo no juegan ningún papel. Este derecho racional se elabora en la circunstancia precisa del requerimiento del Estado moderno por nacer y consolidarse, para lo cual buscó y obtuvo la ayuda de los juristas formados en las universidades y con mentalidad racional-formal, derivada del derecho romano: Como expresa Weber: “Occidente dispuso de un Derecho formalmente desarrollado, producto del genio romano, y de funcionarios especializados, formados conforme al espíritu de este Derecho, y que como técnicos de la Administración Pública eran superiores a todos los demás funcionarios carentes de esta formación como juristas iusrománicamente mentalizados”...”, pp. 202-237.

racionalmente; en cambio son irracionales desde el punto de vista material cuando la decisión del caso está supeditada a valoraciones éticas, sentimentales o políticas y no de normas generales.

Augusto Sánchez Sandoval, hace una reseña sobre el estado racional, apoyándose en el pensamiento de Hegel. Según su explicación, la razón debe regir al mundo y por tanto, la historia universal puede mostrar cómo ha transcurrido esa racionalidad.

El Estado, por consiguiente, es una expresión acabada de la razón, no es un mero ideal, sino una idea concretada en normas, es la voluntad expresada en la ley racional porque se construyó a partir de una concepción que busca alcanzar fines universales garantizados por medio de obligaciones y derechos y debe ser compatible con una conciencia ética, en la que puedan prosperar la libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, a fin de que las normas institucionalizadas no resulten vencidas por el legítimo derecho reconocido al hombre de rebelarse contra el estado irracional.⁹⁷

Por otra parte, Sánchez Sandoval, estima que el poder en su definición debería equipararse a la arbitrariedad en virtud de que el poder, en sí mismo, encierra intereses no declarados de una sociedad dividida entre quienes ejercen el poder y quienes están sometidos a ese poder. Por consiguiente, los problemas derivados del ejercicio judicial relacionados con la interpretación de las normas o de los hechos, deben incluir en ese proceso un apartado de distorsión en el que participan las autoridades. Sobre este tema señala:

En consecuencia, la creación de las normas jurídicas, su interpretación y su aplicación obedecen a la voluntad e interés de ese poder, de acuerdo al sistema de organización y subordinación de los órganos de la administración pública y especialmente a los que atañe la creación de las normas, la interpretación y aplicación de las mismas. La interferencia de otros poderes o servidores públicos en la decisión judicial, como la participación en México

⁹⁷ González Vidaurri, Alicia, *et al. Control Social en México, D.F.*, México, U.N.A.M., 2004. “El Estado es razón en y por la ley, no por una ley trascendente y misteriosa sino por sus leyes, por su reglamentación universal de los asuntos particulares, por el pensamiento que consagra a la elaboración siempre más pura de los principios de una existencia libre, de una forma de comunidad que satisface a todo ciudadano pensante, a todo hombre instruido y civilizado y que abandonó tanto la grosería del deseo inmediato, como la pasividad del puro sacrificio, para elevarse al pensamiento racional de la interdependencia de los intereses...”, pp. 67-69.

del Poder Ejecutivo en la función judicial, desahogando pruebas y diciendo antes que el juez, qué delitos y qué personas serán de conocimiento de éste, así como, la potestad de liberar bajo caución a los presuntos responsables antes de cualquier intervención judicial. La ignorancia de los ministerios públicos, de los jueces, de los abogados y el apresuramiento con que realizan las diligencias de obtención de información. La falta de conocimientos de los peritos que emiten sus dictámenes científicos al gusto del cliente, por los que se requiere un peritaje tercero en discordia, que le da la razón a uno de los dos contrapuestos, quizá al más poderoso o al más débil, pero que al final todos se consideran científicos, hacen que el juez decida por la cantidad y no por la calidad de los mismos o por la presión social consciente e inconsciente.- La reacción social, el manejo del discurso y la utilización del lenguaje, ya no son un mero vehículo destinado a transmitir informaciones, sino se pueden considerar como un dispositivo que permite construir y modificar las relaciones entre los interlocutores, sean estos individuos o grupos sociales bien definidos; ya no son un sistema de signos destinados a representar el mundo, sino también pueden observarse como una forma de acción, como arma.⁹⁸

En lo que ve a la religión ha sido una fuente de influencia ideológica sobre cómo se debe adecuar la conducta humana, no sólo para conseguir una convivencia pacífica en la sociedad, sino para ganar la vida eterna. La imagen de Dios dando a Moisés los diez mandamientos, es la de un legislador divino que fija un rumbo para hacer uso del libre albedrío con funestas consecuencias, para el caso de incumplir esas leyes.

Fernando Savater considera que las religiones se han hecho tolerantes, sólo cuando se debilitan, cuando pierden el poder sobre la economía, sobre la política, sobre la vida social y a pesar de que sus palabras de aceptación a los demás son hermosas, han llegado a la intolerancia absoluta; así sucedió con el catolicismo en la época de las Cruzadas, a fines del siglo XI, las ciudades de Génova, Venecia y Pisa pretendían recuperar el comercio de Oriente, pero su obstáculo eran los Turcos que dominaban las rutas marítimas y los terrenos de los lugares santos. El papa Urbano Segundo, en ese momento, con el pretexto de recuperar los lugares sagrados, se dispuso a ordenar la Primera Cruzada, para que miles de hombres se mataran entre sí, a la voz de Dios lo quiere.⁹⁹

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 96.

⁹⁹ Savater, Fernando, *Los Diez Mandamientos en el Siglo XXI*, ed. Debolsillo, México, 2005, p. 24.

La conquista Española impuso el catolicismo entre los pueblos indígenas, y con ello la idea del pastoreo, caracterizado por la obediencia incondicional del ciervo al pastor, de quien deriva el pan de vida. En 1571 se estableció en México el Tribunal del Santo Oficio, que obtenía confesiones a partir tormentos, tratándose de delitos de apostasía y de herejía.¹⁰⁰

Los actos que se pudieran cometer contra la fe, serían aquellos que podían ser objeto de censura, de castigo o incluso de tormento; la razón en este espacio, está concebida no sólo como un discurso de fe, sino que se convirtió en un factor de dominación ideológica.

El siglo XIX, fue de grandes transformaciones en México. Se expandió el reconocimiento de los derechos del hombre a partir de un lento pero firme ataque a las instituciones religiosas; primero, con la Constitución de 1824; luego, con las reformas de 1833 y 1836, que desembocaron en la Constitución de 1842. El clero fue padeciendo una a una las propuestas legislativas que ampliaban el reconocimiento de derechos a los ciudadanos. En esta tendencia, la igualdad y la libertad de expresión parecían conformar ataques directos contra la iglesia, que posteriormente se extendieron hacia la secularización de los bienes eclesiásticos.¹⁰¹

Se desató una conciencia histórica anticlerical, que dio pauta a que en la Constitución de 1917, se suscitaran grandes debates, que en algún punto coincidieron en separar la misión de la iglesia, en los asuntos de la fe; y los del Estado en un sistema laico y tolerante. El artículo 129, que se transformó en el 130, contenía los principales puntos que se señalan:

- 1) Competencia exclusiva de las autoridades federales en materia religiosa...
- 2) La prohibición al congreso de dictar leyes estableciendo o prohibiendo alguna religión.
- 3) La competencia exclusiva de las autoridades civiles en actos de estado civil...
- 5) La negación de personalidad jurídica a las iglesias.
- 6) Sujeción de

¹⁰⁰ Op. Cit. González Vidaurri, Alicia, *et al.*, *Control Social en México*, D.F. “La inquisición jugó un papel importante de control político y religioso en la Nueva España, habiendo sido la tortura al reo, el medio para apremiar la confesión de sus delitos, cuando por otros métodos no hubiese sido posible averiguar la verdad. Se daba tormento al reo que negara el hecho principal de la acusación. Al que teniendo fama pública de hereje, se le pudieran sumar muchos indicios, o hubiera por lo menos un testigo que lo hubiese escuchado decir o hacer algo contra la fe,...” pp. 47- 55.

¹⁰¹ Moreno-Bonett, Margarita, *Los derechos humanos en perspectiva histórica*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2005, p. 91

sacerdotes a la ley de profesiones... 8) Ser mexicano por nacimiento para ejercer como sacerdote. 9) Prohibición a los sacerdotes para realizar críticas a las leyes fundamentales, así como a las autoridades públicas. Se les niega el voto pasivo y activo, y el derecho de asociación con fines políticos.¹⁰²

La razón no puede ser ingenua a estos ataques; las pasiones voraces de la humanidad han querido tergiversar los significados; la razón y la arbitrariedad, en algunos episodios de la historia han hecho un intercambio de sus respectivas posiciones; un cambio, propiciado a partir de la ideología del Estado o de la religión, con el afán de ocultar intereses o falsas promesas a fin de ganar engañosamente la voluntad de los más débiles.

En este enfoque lo racional es un discurso vacío que ofrece justificaciones aparentes, ajenas a una visión común e imparcial del participante, del afectado y del observador.

El remedio infalible para ese mal es rescatar las raíces que provienen de la razón; buscar en el pensamiento crítico una posición adecuada, que pueda discernir objetivamente el sitio correcto que deben tener los significados; esto, se debe lograr igualmente a través del uso de un referente constante como son los principios democráticos, el respeto a la dignidad, a la libertad, a la igualdad y a otros derechos que han entrado en el marco del derecho universal, desde su justificación moral.

7. La razón jurídica crítica.

Alejandro Nieto explica que la razón jurídica se ha puesto de moda, pero substancialmente no puede hablarse de que esta razón históricamente pueda conformar una expresión única y unívoca.

Por el contrario, señala que hay una permanente crítica a la razón expresada en una acción o comportamiento.

A partir de esta idea, Nieto señala que el francés A.J. Arnaud en su crítica de la razón jurídica de 1983 y 2003, consideró que la razón jurídica es en realidad un referente, para evaluar si una justificación es coherente con el sistema jurídico,

¹⁰² *Ibíd.*, p. 285. Corresponde a una nota obtenida de Carpizo, Jorge. *La Constitución mexicana...*, pp. 109 y 110.

con lo que explica su racionalidad; de modo que un sistema será irracional si se aparta de esa unidad y coherencia. Si hay cambios en el sistema, consecuentemente también debe haber cambios en la razón, pero invariablemente es necesaria la adecuación entre el razonamiento con el sistema dentro del cual se desenvuelve la razón.

Ante esta posibilidad de que un sistema se enfrente a cambios permanentes, explica que resulta necesaria la crítica del derecho, o bien la crítica al sistema jurídico, porque este se ve sometido al poder político, y en esta sumisión puede orillar a una pérdida del rumbo, como ha ocurrido cuando el derecho se ha usado para ocultar los horrores más inconcebibles, en palabras de Nieto:

Todas las críticas, en fin, resultan incómodas. La crítica de la Razón Jurídica actúa como la espada de Pizarro trazando una raya en la arena y forzando a los hombres a colocarse en un lado o en otro de ella: o hacia la aventura o a continuar descansando. La crítica de la Razón Jurídica obliga al jurista a tomar partido sobre ciertas cuestiones que ya no puede seguir ignorando como, entre otras muchas, las que se denuncian y analizan en estas páginas. El mejor ejemplo histórico de noble ejercicio de la Razón crítica es el conocido caso de sir Edward Coke cuando en 1612 se opuso a las pretensiones judiciales del monarca con las siguientes palabras: *'Las causas concernientes a la vida, la herencia, los bienes y la fortuna de los vasallos no se deciden según la ley natural sino por la Razón y la lógica convencional de las leyes, que es un arte que requiere muchos estudios y mucha experiencia antes de que un hombre pueda decir que lo conoce.*

¹⁰³

Por esta situación se puede diferenciar entre la razón recta y la razón desviada. La primera, es la que deben buscar los juristas a partir de la crítica para rechazar a la segunda, es decir, a la razón desviada. Se habla de un autismo de la razón jurídica, que se encierra en la dogmática sin enterarse de las circunstancias externas. El jurista en el campo de una razón jurídica desviada, vive en un área de confort, en la que opera en el marco de un juego que responde a sus propias reglas, sin cuestionar la validez de estas reglas, incluso cuando las propias reglas estén encausadas hacia argumentos cuestionables.

Ahora bien, la razón jurídica ve en el sistema, fallas excepcionales, pero la razón crítica encuentra que en el sistema no podrían catalogarse como simples

¹⁰³Op. Cit. Nieto, Alejandro. *Crítica de la Razón Jurídica*, ed. Trotta, Madrid 2007, pp. 28 y 29.

desviaciones las persistentes conductas irregulares del ejercicio autoritativo desde las distintas competencias; así, se encuentran giros que funcionan de manera irregular, como el caso de la guardería ABC en Hermosillo, Sonora, en donde fallecieron 49 niños y niñas y más de 75 resultaron heridos¹⁰⁴, proyectos de urbanización que no colman los requisitos fijados en reglamentos; sentencias en las que resultan absueltos los culpables y condenados los inocentes; sueldos que alentarán el ejercicio ordinario de prácticas corruptas¹⁰⁵; sistemas impositivos que alientan la defraudación; programas absurdos en los que se invierten gastos inexplicables; en fin, la razón crítica busca encontrar la desviación y apartarse de ella hacia la razón recta.

Una corriente que se ubica en esta tendencia crítica, es la llamada *Critical Legal Studies*, se ha desarrollado en Norteamérica, en la Universidad de *Wisconsin-Madison* en 1977 y se ha extendido a otros países.¹⁰⁶

Las bases en las que se orienta esta tendencia se sustentan en una posición de izquierda, influenciada por el realismo Norteamericano.

En resumidas cuentas se pueden delimitar algunos de sus postulados:

- 1) Dejar al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y juristas que construyen el derecho.
- 2) Revelar la dimensión política y conflictiva del derecho despojándolo de las falsas tesis que sostienen una racionalidad instrumental o consensos sociales, objetivos o principios inexistentes.
- 3) Es insostenible la tesis de Dworkin de encontrar en la jurisprudencia una sola respuesta para casos difíciles porque el derecho está comprometido, filosófica, moral y políticamente con posiciones

¹⁰⁴ http://www.scjn.gob.mx/Documents/Informe_Preliminar_Comision_ABC.pdf, (22 mayo 2012)

¹⁰⁵ Fernández Menéndez, Jorge *et al.*, *De los Maras a los Zetas*, México, ed. Grijalbo, 2006, El caso de la detención del director de Seguridad Pública de Sonoyta es un reflejo evidente de los problemas sociales derivados de la corrupción y bajos sueldos. “El jefe policiaco mexicano, de acuerdo con información de las autoridades estadounidenses, fue detenido el miércoles 23 de marzo (2005) cerca de Gila Bend, Arizona, cuando viajaba acompañado del policía municipal de Sonoyta Julio César Lozano a bordo de una camioneta Cheyenne blanca. La trampa estaba tendida: los policías de Sonoyta iban a entregarle al agente federal estadounidense un radio de frecuencia privada con el que darían instrucciones para el paso de los vehículos cargados de droga.” pp. 156 y 157.

¹⁰⁶ Pérez Lledo, Juan A., *Teorías Críticas del Derecho*, en Garzón Valdés, Ernesto *et. al.* (comp.), *El Derecho y la Justicia*, ed. Trotta, Madrid 2000, pp. 95-99.

irreconciliables (individualismo y altruismo; razón y deseo; deontologismo y consecuencialismo; subjetivismo y objetivismo, intencionalismo y determinismo, justicia formal y sustantiva).

- 4) La crítica ideológica del derecho se perfila hacia la desmitificación de una conciencia del mundo que se presenta como verdadera y necesaria, es una alternativa para su transformación, mediante la crítica interna a normas e instituciones jurídicas concretas.¹⁰⁷

Ahora bien, es necesario precisar que la razón crítica puede operar en un enfoque mucho más amplio que el de los casos difíciles, pues aún los casos fáciles, pueden ser observados críticamente, en la medida en que la razón crítica, considera que el derecho es una forma de sumisión al poder político que en un momento dado, puede originar excesos o abusos, frente a los cuales los juzgadores pueden quedar cegados por su necesaria vinculación con la práctica normativa objetivada.

En América Latina, en los años setenta, surgieron algunos abogados y jueces influenciados por la escuela crítica europea, preponderantemente de Italia, en donde floreció una tendencia denominada derecho alternativo, con tintes Marxistas. En esta tendencia se inscribieron el *Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos*, de Bogotá y el *Instituto de Derecho Florianópolis* en Santa Catarina, Brasil. En un panorama teórico y con la influencia del movimiento conocido como crítica del derecho de origen francés, se conforman las tendencias llamadas: *Crítica Jurídica* en las que participaron México y Brasil; y *Teoría Crítica del Derecho de Argentina*.¹⁰⁸

En México se publicó desde 1983 la revista *Crítica Jurídica*, dirigida por Óscar Correas. El propio Óscar Correas, explica que la revista *Crítica Jurídica* fue subvencionada desde 1983 hasta 1987 por la Universidad Autónoma de Puebla, mientras fue su rector Alfonso Vélez Pliego 1987-1989. No obstante, al asumir el cargo Adrián Gimete, se inició una política de represión que llevó a suprimir todo el apoyo a la revista, incluso el pago del apartado postal. A través de la

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ Ídem.

reorganización de la asociación civil que creó la revista, encontraron apoyo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, bajo la dirección del doctor José Luis Soberanes Fernández; el 20 de marzo de 1990 se retomó la publicación de la revista.¹⁰⁹

Esta visión crítica se funda sobre la idea de que el derecho es una práctica social de naturaleza discursiva, que se descubre mediante interpretaciones, argumentos, símbolos o prácticas institucionalizadas, llevadas a cabo a través del lenguaje empleado por autoridades, teóricos, operadores jurídicos y usuarios, quienes en sus respectivos papeles realizan una actividad que no puede ser considerada neutral, más bien desarrollada bajo la influencia ideológica impuesta por relaciones de poder, que ocasiona un freno al cambio social.¹¹⁰

En esta línea se ubica el punto de vista de quienes consideran que el discurso de los derechos humanos se funda en postulados que en realidad fracasan ante las contrariedades que devienen de un sistema social y económico inequitativo. De esta forma, debe considerarse que una premisa fundamental sobre la que se deberían fundar los derechos humanos, tendría que basarse en el florecimiento de las libertades en el contexto de una igualdad económica; por eso, las pretendidas libertades individuales no pueden concretizarse en tanto el trabajo conforme una vía legítima de explotación; lo mismo puede decirse de la propiedad privada, pues por la vía del derecho, se legitima la distinción entre quienes son propietarios y quienes no lo son, privilegiándose en este sentido a los primeros en el goce de las libertades tuteladas por el derecho.¹¹¹

Duncan Kennedy es uno de los más destacados integrantes de la corriente *Critical Legal Studies*, estadounidense y propone una opción fenomenológica de la

¹⁰⁹ Correas, Óscar, *Crítica Jurídica*, Revista Latinoamericana de Política Filosofía y Derecho, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, t.10, México 1992, pp. 9-11.

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Novoa Monreal, Eduardo, México, ed. Siglo XXI, México, 2002. “Sólo pueden existir hombres libres si todos gozan de modo real e igualitario de las libertades que se proclaman. Las libertades que reconoce en el sistema capitalista son libertades destinadas a dar visos de equidad al contrato mediante el cual el trabajador enajena su trabajo personal como mercancía, a un precio que apenas le permite subsistir. Únicamente igualdad y protección económicas harán posible una real libertad e igualdad de los hombres. Mientras ellas no se logren, las pretendidas libertades individuales serán una trampa destinada a ocultar la opresión que unos ejercen contra otros...” p. 113.

decisión judicial para la actividad judicial, en la que los jueces, se convierten en creadores del derecho.¹¹²

Se aparta de la distinción de los casos fáciles o difíciles. En lugar de ello, asume que el trabajo judicial en donde se resuelven problemas interpretativos de las normas, está orientado por estrategias que se perfilan a la obtención de un objetivo basado en una ideología.¹¹³

Kennedy, explica que la labor interpretativa se debe hipotéticamente, a la fidelidad del derecho al que sirven los jueces y en esta idea, sus decisiones se guían por ideales legislativos, por la puntual lectura de los materiales jurídicos o simplemente, por un sentido de justicia; es decir, en este caso, los jueces actuarían sin trazar alguna estrategia ideológica conservadora o liberal.¹¹⁴

No obstante, cuando la sospecha puede revelar alguna preferencia ideológica, no explícita en una sentencia, es posible que se presenten tres categorías de jueces:

a) El juez, activista restringido. Se trata de quien encuentra en una norma injusta la posibilidad de hacerla justa, a partir de una excepción fundada en una interpretación justificada en la fidelidad del material jurídico, conforme a la idea del mejor argumento.¹¹⁵

b) El juez mediador busca ubicarse en una posición intermedia entre los jueces activistas restringidos, conservadores o liberales, no se compromete, sino trata de encontrar una posición moderada en la que su decisión aparece controlada por la ideología de otros.¹¹⁶

c) El juez bipolar, alterna ideologías y puede ser en ocasiones activista restringido, liberal o conservador; o incluso, mediador, no podría predecirse un

¹¹² Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho, Ensayos de teoría jurídica*, ed. Siglo XXI, Argentina 2010, pp.34-37.

¹¹³ *Ibidem* p. 39.

¹¹⁴ *Ibidem*. “Una preferencia ideológica liberal o conservadora es una tendencia a elegir normas jurídicas asociadas con el liberalismo o el conservadurismo” pp.33-34. También, Rivas, Pedro, *Las ironías de la sociedad liberal*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2004, explica que el rasgo principal del liberalismo es el valor central de la autonomía de la voluntad del sujeto humano; y como complemento el principio del daño, a partir del cual el único fin por el que se justifica la intromisión en la libertad del individuo es la protección de terceros o de la propia sociedad; con esto se excluye al paternalismo estatal pp. XIV-XXII.

¹¹⁵ *Ibidem* 38-41.

¹¹⁶ *Ibidem* 41-42.

resultado a partir de los antecedentes o similitudes con otro caso; este juez no pertenece a un campo ideológico.¹¹⁷

Ahora en México, los materiales jurídicos, han adquirido una nueva dimensión. La reforma constitucional de 10 de junio de 2011, ha incorporado al texto constitucional la protección de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que México sea parte.

Con esta reforma, se expanden los horizontes de la interpretación y en este sentido, siguiendo a Kennedy, las posiciones ideológicas, liberales o conservadoras saldrán al descubierto ante la radicalidad del cambio; con ello, podrá leerse con mayor claridad: si una norma injusta se quiere hacer pasar por justa; si hay un compromiso auténtico con la eficacia de los derechos humanos, en una tendencia liberal; o bien, si hay jueces ambivalentes.¹¹⁸

Por otra parte, en el sistema judicial Mexicano, se encuentran factores que participan en las decisiones judiciales, propios del medio institucional y personal. Se concretan a antecedentes de los jueces o magistrados que tienen que ver con rasgos de su personalidad, el manejo de las emociones, el grado de educación, antecedentes familiares, costumbres; o bien, con las considerables cargas de trabajo; con la política judicial que se orienta hacia resultados, estadísticas, números; el temor a las quejas administrativas sobre responsabilidad en el desempeño judicial; el peligro latente en asuntos de delincuencia organizada, las relaciones interpersonales entre los integrantes de los órganos jurisdiccionales colegiados o el diseño sobre el que se funda el esquema de la carrera judicial: concursos de oposición, salarios, jubilaciones, adscripciones, sistema disciplinario, transparencia en las decisiones; ratificaciones, recursos administrativos y las diferencias entre los sistemas federal y local.

Estos factores pueden incidir en el diseño de estrategias de un juez y se le podría catalogar como moderado, cuando se deja llevar por la inercia para

¹¹⁷ *Ibíd.* 42-43.

¹¹⁸ Carbonell, Miguel, *¿El tercero ausente?, escritos sobre el poder judicial*, ed. Porrúa, México 2008, Aborda el tema sobre la legitimación de los jueces y trae a colación el texto de Courtis, Cristian, *La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía*, *Nexos* número 329, México, mayo de 2005, y llega a la conclusión de que en las sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se advierte que persiste una visión formal y anticuada de la mayoría de sus integrantes p. 30

encontrar un sitio cómodo, ausente de compromiso; o bien, puede tomar las decisiones en un sentido liberal o conservador, según le resulte en su función judicial; en su vida personal, o incluso, desde una connotación negativa, en su economía.¹¹⁹

7.1. La razón crítica y el observador, el caso del anatocismo

I. Anatocismo

Se puede traer a colación la investigación de Luis Gómez Romero, quien hizo un estudio sobre la sentencia de contradicción de tesis 31/98, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relacionada con el tema del llamado anatocismo. Este estudio se orientó desde dos enfoques metodológicos, desde la teoría económica, en el aspecto de la eficiencia y a partir de los fundamentos de los *critical legal studies*. Gómez Romero apunta a la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como oportunista, desde el punto de vista ideológico, al limitar el arbitrio judicial, con criterios de oportunidad política que llevaron a consecuencias ineficientes del sistema crediticio.

Luis Gómez explica que el tema de contradicción se suscitó con motivo del sistema de crédito adicional o refinanciamiento que contienen algunos contratos de crédito, a través de los cuales se permite al acreditado disponer de capital para cubrir los intereses que no haya podido liquidar, con la condición de que esa disposición generará nuevos intereses.

El Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró que ese sistema de crédito adicional debía considerarse un acto simulado, que encubría a la figura del anatocismo, prohibida en el artículo 363 del Código de Comercio y en el artículo 2397 del, entonces, Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

¹¹⁹ Posner, Richard A. *How judges think*, ed. Harvard University Press, Harvard 2010. Si la típica ponderación judicial de bienes puede diferenciarse, ello se debe a las tensiones que genera el despacho del juez o más ampliamente, el contexto del ejercicio judicial. Una parte importante de ese contexto es la incertidumbre que deja espacios abiertos, en los que los métodos convencionales de análisis no producen conclusiones o bien son insatisfactorias y determinan, por tanto la decisión hacia la emoción, personalidad, intuición, ideología, política, antecedentes y experiencia del juez. [trad. MMM], p. 11.

Por su parte el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, consideró que el sistema del crédito adicional no podía ubicarse como anatocismo, ya que de la interpretación del artículo 363 del Código de Comercio, se podían considerar dos supuestos; el primero, conforme al cual se prohíbe que los intereses se capitalicen para generar nuevos intereses y el otro, que consiste en la posibilidad de que se haga tal capitalización pero a través de un convenio. Esta última alternativa es la que justificó la decisión de ese tribunal a la que se incorporó la tesis sobre la autonomía de la voluntad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, una vez que determinó la inaplicación supletoria del artículo 2397 del Código Civil, en cuestión, a los contratos de apertura de crédito, dispuso que si bien, el artículo 363 del Código de Comercio podía aplicarse a esos contratos, ello debía entenderse a la luz de la autonomía de la voluntad, que rige como norma superior para el derecho privado. De manera que aun cuando los contratos de apertura de crédito se regularan por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que en esta exista un vacío sobre la restricción que señala el artículo 363 del Código de Comercio para que los intereses vencidos y no pagados no puedan generar nuevos intereses, la aplicación supletoria de esta prohibición quedaba supeditada a la voluntad de las partes, pues si estas decidían obviar esta norma, lo podían pactar libremente. De lo contrario, el legislador no habría omitido regular tal cuestión en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pero si así lo decidió, fue porque la norma que tendría que aplicarse sería la del código de comercio, que permite la posibilidad de pactar pasando por alto a la aludida prohibición.

La votación minoritaria de los ministros Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan Silva Meza se orientó a señalar que la prohibición de pactar el cobro de intereses vencidos generaran nuevos intereses, consignada en el Código de Comercio, sí tiene aplicación en los contratos de apertura de crédito, porque no se justificaría que para el préstamo mercantil se aplique la prohibición y que para el de apertura de crédito no, siendo ambos contratos de carácter mercantil.

Asimismo la minoría, fundándose en la teoría de la imprevisión, expuso que la devaluación del peso mexicano en mil novecientos noventa y cuatro, ocasionó que se dispararan las tasas de interés y con ello, el cumplimiento de las obligaciones se tornó excesivamente oneroso, pues los salarios no se vieron incrementados y aun cuando la teoría de la imprevisión sólo podía considerarse aplicable para los contratos de arrendamiento, bien podía integrarse una laguna a partir de un criterio jurisprudencial que retomara los principios de equidad considerando que el pago de intereses, debía cubrirse conforme a la misma tasa que los bancos emplean para pagar las inversiones de los ahorradores, más un punto porcentual y sólo para los deudores que contrataron antes de mil novecientos noventa y cuatro. Esta solución se estimó como prudente y equitativa, pues no desalentaría a los deudores porque se haría asequible el pago de sus intereses y tampoco permitiría el lucro desmedido de los bancos.

Luis Gómez apunta, desde el enfoque crítico, que existen argumentos no explícitos en la conclusión a la que arribó la mayoría de ministros; estos, se fundan en la idea de evitar el caos financiero, la quiebra de los bancos y la necesidad de salvar de un conflicto político y económico, al sistema financiero, considerado como el eje del sector productivo, la vivienda y la inversión.

En lo particular, la visión estructuralista, entre otras, de los *critical legal studies*, explica que el derecho es un sistema variable de significados, que se modifican según la pertinencia para ordenar la vida social. Añade que Robert Gordon explica que esos sistemas han sido diseñados por élites y buscan a partir de una supuesta racionalidad salvaguardar jerarquías, privilegios o concentraciones de poder.

Sobre tales apreciaciones Gómez concluye que la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede catalogarse en el marco de un discurso capitalista-liberal, dado que se negó a colmar una laguna a partir de criterios de equidad en aras de salvaguardar la estabilidad financiera.

Siguiendo a Duncan Kennedy, se podría decir que la decisión sobre el anatocismo, correspondería a la de un juez activista restringido de orientación

conservadora¹²⁰; ya que los argumentos buscaron justificar la fidelidad en los materiales jurídicos, a partir del concepto de autonomía de la libertad.

Por otra parte, desde el punto de vista de la eficiencia económica, la tesis de la autonomía de la libertad, resulta ineficiente en la medida en que cerró toda posibilidad de negociación desde el análisis económico del derecho ya que desincentivó cualquier posibilidad de cumplimiento voluntario; lo que en sentido contrario propiciaría la solución fundada en la teoría de la imprevisión. Además, la concentración de dinero en pocas manos, constituye un obstáculo al libre desarrollo de una economía de mercado.¹²¹

Como se puede advertir la función crítica, permite distinguir a la razón recta de la razón desviada, en ésta se deben evaluar funciones no declaradas del discurso, pero que indudablemente influyen en la decisión o incluso conforman su eje rector.¹²²

8. La fe en la razón

Un elemento indispensable para diferenciar lo racional de lo arbitrario, lo constituye la obligada referencia a un sistema y si bien, no es por ahora, el principal aspecto que se habrá de analizar, basta con referirse a una idea general de sistema.

Un sistema, desde esta noción elemental, debe entenderse como un conjunto de elementos que se rigen por los principios de orden y unidad.¹²³

¹²⁰ Este conservadurismo, debe entenderse en términos de la interpretación tradicional de una sociedad liberal, en donde el punto central se orienta a la autonomía de la libertad, véase, nota 114, p 70...

¹²¹ Gómez Romero, Luis, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/9/dtr/dtr4.htm> (5 enero 2012)

¹²² Véase, capítulo 2, subcapítulo 1.2. Funciones descriptiva y directiva, p 100.

¹²³ Moreso Mateos, José Juan; Ferrer Beltrán Jordi, *Introducción a la teoría del derecho*, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004. Un sistema, en principio es un conjunto de elementos relacionados entre sí. En el derecho, la relación de los elementos puede darse a partir de tres enfoques distintos: a) desde el punto de vista orgánico, en donde existe una interdependencia entre las instituciones jurídicas, como ocurriría metafóricamente en los sistemas de un ser vivo, que tienen una relación mutua; b) el enfoque que precisa que existen relaciones de orden lógico entre los elementos del derecho, a partir de axiomas o teoremas, de los que se pueden hacer derivar distintas consecuencias lógicas y c) la serie de relaciones entre normas jurídicas que imponen una relación dinámica o estática; la primera, cuando surge un criterio de deducibilidad (Kelsen), la segunda, cuando opera un criterio de legalidad, según la pertenencia de una norma a otra distinta que autoriza la creación de la segunda. pp. 95-98.

La satisfacción de las reglas o valores implícitos que se hacen derivar de ese sistema, hará que una decisión justificada interna y externamente ingrese al campo de lo racional y por tanto, se aproximará a lo previsible; su incumplimiento o el distanciamiento de esta relación de elementos que impone un orden y unidad, llevará a la arbitrariedad.

No obstante, no puede darse por sentado que lo racional es aquello que necesariamente se funda en un argumento o en la experiencia reconocidos en el sistema y lo irracional en meras suposiciones, dado que el requisito de fundamentación de cualquier argumento llegará a un límite y más tarde o más temprano habrán de incorporarse suposiciones, que en estos casos, harán que la racionalidad se transforme en un acto de buena voluntad.¹²⁴

Ante esta situación, aun cuando la exigencia de justificar pueda llevarse al infinito y el límite deba aceptarse en una suposición, aun con ello, sería lamentable condenar la empresa del racionalismo al fracaso, pues pese a ello, la razón nos ha permitido evolucionar en el entendimiento de la vida social y esto, de algún modo ha sido posible aún con las suposiciones, por no decir que en otros casos ha ocurrido, por mera intuición.

Además, hay que tener presente, que los últimos avances han orillado a relativizar las conclusiones científicas; por lo que si eso ha ocurrido con las ciencias duras, no se puede esperar algo distinto en el derecho.¹²⁵ Lo que debe

¹²⁴ Popper, Karl. R., *Popper: escritos selectos*, en Miller, David. (comp.), ed. Fondo de Cultura Económica, 2da, reimp., México, 2006. El autor, se aleja del racionalismo acrítico porque lo considera incongruente, ya que se funda en el principio de que se debe descartar cualquier suposición que no pueda apoyarse en una argumentación o en la experiencia, dado que si la argumentación o la experiencia en que pueda apoyarse una suposición pueden igualmente carecer de validez, luego tendrían que descartarse todas las suposiciones y en cambio, como las suposiciones son necesarias, estas tendrían que conducir a encontrar en la racionalidad, una irracional fe en la razón y por ello considera que el racionalismo más que un argumento o una experiencia, requiere de una actitud que debe superar a la de los irracionales, quienes creen que la emoción y la pasión son las que rigen en última instancia, por ser una forma de desprecio a la razón humana, pp. 35 a 38. En realidad, en el desarrollo de esta tesis, debe considerarse a la fe en la razón como la posición irracionalista que encuentra en las emociones o en la pasión una directiva de la razón, véase capítulo 3, nota 233.

¹²⁵ Hesse, Mary B, *Física, Filosofía y Mito en Física, Filosofía y Teología*, ed. UPAEP, México, 2002. La teoría de la relatividad de Einstein y el paso de la física clásica al de la física cuántica han roto con el paradigma del conocimiento científico caracterizado por fijar leyes científicas o conclusiones absolutas, la observación de las partículas cuánticas en las ondas, en una relación espacio tiempo, ha orillado a incorporar elementos azarosos, que hacen impredecible la consolidación de esas hipótesis, por ello en 1957 Everett propuso un estado relativo de “mundos múltiples” según el cual “si una partícula es observada en A y no en B, aunque tenga 50% de probabilidad de estar en A o en B, ahora hay dos partículas, en realidad, dos “mundos” que no interactúan, distinguiéndose sólo en las propiedades de “la partícula A” o de “la partícula

quedar aclarado, en cualquier caso, es que fuera de la fe en la razón quedaría muy poco o casi nada por hacer.

Por eso, la razón, lejos de ser un proceso insensible, ausente del entorno social, es en realidad un principio con vida, con pulso y respiración; se vincula a una necesidad humana, al deseo natural por explicarnos el mundo y sus implicaciones; vivimos en una persistente búsqueda por hallar un orden en donde reinen las relaciones causales y previsibles, ansiamos encontrar una respuesta a cualquier fenómeno de la vida.

La razón es un término que nos aporta una sensación de bienestar, de tranquilidad, de paz; con la razón podemos mantener nuestras creencias sobre la verdad, la justicia, la paz, la solidaridad entre los hombres; sin ella, no hay esperanza.¹²⁶

Desde épocas muy remotas, la necesidad de creer en una razón que explicara los fenómenos naturales, la vida, la muerte, la noche, el día llevó a seres humanos de distintos lugares del mundo a buscar en la observación de las estrellas, una forma de asignar un orden que dé cuenta de su existencia y de los fenómenos, entonces, desconocidos.

Se hicieron distintos tipos de calendarios, muchos de ellos, anunciaban con gran precisión la diferencia entre los años, solares o lunares, los cambios de las estaciones, las apariciones de los eclipses y una serie de distintos eventos astronómicos que hoy en día, no dejan de ser asombrosos.

Los mayas lograron calcular el ciclo de Venus, consideraron que duraba 584 días; era visible 236 días como estrella de la mañana e invisible 90 días, y luego era visible 250 días como estrella de la tarde, e invisible de nuevo durante 8 días; creyeron que esa estrella era Quetzalcóatl, una deidad dual que en los

B”. Solamente podemos observar uno de estos mundos, ya que nosotros mismos somos instrumentos físicos de detección que nos dividimos en mundos distintos, dependiendo del salto que den nuestras neuronas y “nosotros ahora” existimos, necesariamente, sólo en uno de ellos y no podemos tener recuerdos, o ser conscientes, de los otros...” pp. 223 y 224.

¹²⁶ Op. Cit. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Seguridad Jurídica en Garzón Valdés*, Ernesto *et al.* (comp.), *El derecho y la justicia*, ed. Trotta, Madrid, 2000. El autor señala, que la seguridad es: “un deseo arraigado en la vida anímica del hombre, que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido. La exigencia de seguridad de orientación, es por eso, una de las necesidades humanas básicas que el Derecho tata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad...” p. 481.

periodos en que permanecía oculta, viajaba por el inframundo a combatir contra la muerte y luego se aparecía después de haber vencido en su lucha.¹²⁷

Estas hazañas no tenían otro fin que el de encontrar una forma de tranquilizar al inquietante sentimiento de ser conscientes de la vida, del tiempo, de la muerte, del razonamiento y del libre albedrío.

La anarquía, la arbitrariedad, el desorden, las contradicciones, las relaciones contingentes causan temor, repulsión, rechazo. De ellas se puede esperar cualquier cosa, muy probablemente algo desfavorable o en el mejor de los casos, lo incierto.

Tal vez esa aversión hacia lo arbitrario pueda explicarse a partir de las grandes crisis, catástrofes climáticas, hambrunas, enfermedades o guerras. En esos difíciles episodios de la historia, el límite de la solidaridad humana ha sido puesto a prueba y, de algún modo, el prójimo y los principios o valores elementales de la convivencia social, pasaron a ser una cuestión secundaria.

En esas situaciones de peligro, las principales acciones que se esperarían serían las de preservar las funciones vitales por encima de cualquier cosa; vernos en ese espejo es enfrentarnos a reconocer los oscuros rincones del corazón humano. La opresión contra los derechos de libertad, igualdad, dignidad; en suma de la esperanza, en incontables eventos que ha tenido que sortear la humanidad, han dejado huella en la conciencia histórica; somos herederos de una experiencia trágica, pero a la vez, reconocemos ese pasado histórico y ello nos permitirá no repetirlo.

Viktor Frankl, sobreviviente de los campos de concentración Nazis, narra diversos sucesos en los que revela que la necesidad de sobrevivir lleva a sobrepasar fronteras impensables. Tras su liberación encontró a un amigo con quien estuvo recluso; este compañero le platicó que le habían dado la tarea de buscar un pedazo de carne humana que habían robado de una pila de cadáveres; para su sorpresa encontró el pedazo de carne cocinándose; el hambre había hecho presa a los internos del canibalismo.¹²⁸

¹²⁷ Piña Chan, Román, *Quetzalcóatl. Serpiente emplumada*, Lecturas Mexicanas, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 33

¹²⁸ Frankl, Víctor, *El hombre en busca de sentido*, ed. , Herder, Barcelona 2004, p. 82.

Pese a ello, la historia ha mostrado que dentro de esas crisis ha persistido el espíritu de solidaridad. Se ha revelado que la generosidad está presente entre los hombres, aún ante el infortunio; y, que la razón ha resistido los embates de la miseria; quizá en ello resida la singularidad y fortaleza del corazón humano. Así lo debió haber creído Mahatma Gandhi cuando impulsó la independencia de la India por medio de la resistencia civil pacífica, y sus seguidores, Martin Luther King en el movimiento de defensa de los derechos civiles y Nelson Mandela en la lucha contra el régimen del *Apartheid* en Sudáfrica.

Erich Fromm dice que el hombre tiene una inclinación hacia la regresión y al avance; cuando existe un equilibrio entre esas fuerzas será libre para elegir entre esas inclinaciones. En algún momento el corazón del hombre puede hacerse inhumano, pero nunca dejará de ser humano, por ello, estamos concebidos para elegir y debemos adquirir conocimiento para hacer buenas elecciones, pero fracasaremos en esa tarea cuando a pesar de todo el conocimiento que podamos acumular, dejemos de conmovernos con la desgracia de otro ser humano, con la mirada amistosa, con la sensación de sorpresa y admiración por la vida.¹²⁹

Por consiguiente, solemos diferenciar entre lo racional y lo arbitrario, cuando algún suceso es revelador de injusticias, atrocidades, actos inhumanos, humillantes o degradantes de la persona, entonces, no dudamos en calificar ese tipo de acciones como arbitrarias, irracionales, infames.

El principio de racionalidad, encierra una aproximación a las expectativas a partir de las que se construye un sistema normativo, no sólo por las normas y los valores que lo integran, sino también considerando que los límites para fundar una decisión racional, deben superarse a partir de actos de buena voluntad.

La buena fe en el espíritu humano, sólo puede invocarse a través de una conexión consciente entre la razón y el corazón; lo primero, a partir de la experiencia condensada en ideas morales o principios; lo segundo, a partir de los sentimientos.

Estos puntos de vista, son extraídos del análisis que ha hecho Luis Manuel Sánchez del pensamiento de Hume en el *Treatise* y la crítica del profesor Moore.

¹²⁹ Fromm, Erich, *El corazón del hombre*, ed. Fondo de Cultura Económica, México 1983, pp. 175-176.

Según Manuel Sánchez, de la falacia naturalista de Hume, a partir de la cual no puede derivarse lógicamente y deductivamente del ser, un deber ser, en efecto, no podría hacerse esa derivación. Sin embargo, ello no impide que un juicio moral no pueda ser derivado de otro juicio moral. El que una proposición del deber ser, no pueda derivar del ser, o de una descripción, no implica que no se pueda hacer derivar de algo distinto. De otro modo, no tendrían existencia las prescripciones. No hay necesidad de que exista una conexión lógica entre el ser y el deber ser. Por otra parte, el ser tampoco puede hacerse derivar lógicamente y deductivamente de otra proposición de la misma naturaleza, pues si se dice: hace calor porque sol brilla, esta afirmación no derivaría de otra proposición, sino de un hecho percibido a través de los sentidos, expresados en un enunciado al que le damos un significado. De forma análoga los juicios morales provienen de proposiciones lingüísticas, se trata de significados construidos a través de sentimientos resultantes de la experiencia. En resumen, Luis Manuel señala:

- a) ¿Pueden las ideas producir sentimientos? Para lo cual su respuesta es completamente negativa.
- b) ¿Pueden las ideas producir acciones morales? También en esto es definitivo, aunque admite que en ciertas condiciones las ideas podrían “indirectamente” orientar las acciones morales.
- c) ¿Se basa la moral en ideas abstractas o en sentimientos? Y definitivamente lo que Hume cree es que la moral depende de sentimientos.
- d) ¿Pueden los sentimientos morales ser expresados en ideas? Hume no es suficientemente explícito sobre esto, pero procede sin duda en sus explicaciones sobre el supuesto de que la formación de principios morales es posible.
- e) ¿Pueden las ideas morales (expresadas en proposiciones de deber ser), basadas en sentimientos, inferirse lógicamente de ideas (proposiciones) sobre el ser? Hume respondería que no, aunque la tesis no se postula por él en tono afirmativo, sino más bien irónico, como un cuestionamiento de lo que vendrían haciendo los filósofos tradicionales.
- f) ¿Pueden las ideas morales basarse en principios abstractos o debe encontrarse éstos por medio de la experiencia? Hume es explícito en negar lo primero, pero más implícito en sostener lo segundo. Al final no hay duda que reconocería, en el contexto de su teoría moral, que las directrices morales provienen de la experiencia.¹³⁰

¹³⁰ Sánchez, Luis Manuel. *Después del positivismo Re-sustantivando el derecho*, ed. Fontamara, México, 2011, pp. 143-144.

La fe en la razón se funda en la experiencia derivada de la historia; la cual ha moldeado la conciencia de la sociedad apelando a valores que se han integrado en el sistema jurídico, y que se pueden extraer de él para decidir el rumbo que deben seguir los conflictos..

Hay que recordar la crisis de los misiles nucleares en Cuba. En octubre de 1962, las tensiones en el mundo se hicieron patentes ante una inminente guerra nuclear. Afortunadamente, las negociaciones llevaron a conciliar los intereses entre Cuba, la entonces Unión Soviética y Estados Unidos, con un pacto por el que el Presidente Kennedy se comprometió a no invadir la isla. En algún punto límite la decisión entre iniciar un conflicto armado o no, se dejó en manos de la buena fe, en el compromiso dado con la palabra para no emprender acciones invasivas en Cuba.

Pese a esos eventos afortunados, a lo largo del tiempo las distintas concepciones que han defendido a la razón, paradójicamente han llevado a caminos opuestos, y esto ha sido motivo de conflictos. Ante estas diferencias, en una lucha permanente por la anhelada razón, los partidarios de las posturas divergentes, suelen calificar a sus opiniones, a sus puntos de vista, de racionales, previsibles, lógicos, y de irracional, arbitraria, o ilógica la posición de sus oponentes; no obstante, una vez reportados los hechos por la historia, en un ejercicio imparcial y crítico, ¿sería posible declarar a un vencedor en este embate de argumentos?

Las huellas de esos episodios nos pueden aportar una directiva para entender que el discurso de la razón también se ha empleado, en algunos casos, para proteger intereses en una sociedad conformada por distintas clases o para justificar la historia de los vencedores; aunque también, la razón ha triunfado para encontrar mejores formas de vida, pero para identificar estos logros de la humanidad, es necesario incorporar a la racionalidad un fundamento crítico, por el que sea posible evaluar desde una posición neutral el desarrollo imparcial de los hechos, o bien, la dirección hacia la que se ha perfilado el ejercicio de la voluntad que haya influido en su cambio en aras de revelar las funciones reales y no sólo

aquellas que se declaran en el escaparate del discurso político o incluso en la justificación sustentada en normas, igualmente cuestionables.¹³¹

El pensamiento crítico, ha sido la fuente que ha acompañado a la razón, frente a una multiplicidad de vicisitudes que impone la arbitrariedad; aún frente al peor de los escenarios la visión crítica representa, no sólo una función lógica que encuentra una discrepancia entre una acción u omisión arbitrarias, con respecto a un orden referencial que da luz sobre su contenido verdadero, este orden muchas veces puede ser producto de la intuición, del sentido común, o tal vez un producto de una misteriosa esencia de la que estamos constituidos los humanos, en palabras de Erich Fromm diríamos que es producto del corazón del hombre; como quiera que sea, no hay duda de que se trata de una visión que acompaña de fuertes sentimientos que comprendemos fácilmente: la solidaridad, fraternidad, igualdad, libertad, que si bien forman parte del discurso de derechos que han sido reconocidos universalmente; en ellos hay una fuerza que ha sido capaz de arrebatarse terreno a la injusticia y ha permitido que, en un juicio crítico, se transformen los sistemas opresores de la libertad.

Desde la antigüedad, Aristóteles consideraba indigno y servil a quien no fuera capaz de indignarse frente a la injusticia y la maldad. Para los atenienses, su amor por la justicia los llevó a optar por la discusión en lugar de la fuerza. La justicia en la antigüedad no sólo conformó un valor, sino un sentimiento que acompaña a la razón.¹³²

La fe en la razón, por tanto, debe considerarse como el motor que la impulsa, es más que atinar al cálculo preciso de los argumentos que salven una decisión para que pueda considerarse justificada, en la ley, en el derecho o en un

¹³¹ Harnecker, Marta, *Los conceptos elementales del materialismo histórico*, ed. Siglo XXI, México 1983. Cita a Federico Engels, y señala que la historia debía analizarse desde las transformaciones de los modos de producción, pues éstas y no las ideas sobre la justicia, eran las que explicarían las modificaciones sociales: “Según esto, las causas últimas de todas las modificaciones sociales y las subversiones políticas no deben buscarse en la cabeza de los hombres, en su creciente comprensión de la verdad y de la justicia eterna, sino en las transformaciones de los modos de producción y de intercambio; no hay que buscarlas en la filosofía, sino en la economía de la época de que se trate...” p. 19.

¹³² Meza, Javier, “El Retorno de Calicles”, en *ISONOMÍA*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, ed. Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 11, octubre, 1999 “...el griego a diferencia del cristiano en el que la razón humana cedió paso a la trascendencia, afrontó y buscó resolver la tensión dramática del ser comprendiendo el existir y buscándole sentido...” pp.116-117

sistema pueril; se trata más bien, del ánimo que ha inspirado a la evolución de la humanidad en un sentido universal; de los aciertos que se ha ido adjudicando la humanidad en una carrera lenta y tortuosa de luchas y reivindicaciones sociales. La fe en la razón se explica a partir del encuentro del corazón humano y su sentido de solidaridad frente a su prójimo.¹³³

Este sentido de la razón, debe despojarse de las ataduras de la razón manipulada, de las falsas declaraciones convertidas en mercancía. No hay un punto de arribo para la razón, sólo la fe en ella deja el espacio abierto para su encuentro y este, se presentará cada ocasión en que el pensamiento pueda fundirse en una ética compatible con el corazón del hombre social.

En la justificación externa, ocurre lo mismo que ha sucedido en los conflictos sociales, hay un punto de discrecionalidad, en el que la fundamentación de los argumentos, o el encuentro de los significados, debe tener un límite; este límite sólo puede estar dado por la buena fe; pese a que la teoría señala que la constitución es la expresión de la voluntad general de un pueblo, en realidad, su creación puede encerrar varios misterios¹³⁴. De otro modo, no habría un fin y reiteradamente podría cuestionarse cualquier aseveración.

9. Resumen

En este trabajo, la razón y la arbitrariedad, son palabras que tienen significado opuesto. Se puede calificar una decisión autoritaria como racional o como arbitraria, según se colmen o no los presupuestos de racionalidad interna y externa.

Tales presupuestos están dados en el sistema jurídico, a través de las normas, principios o valores y la interpretación que de ellos, resulte indispensable para resolver una controversia. De todas las decisiones autoritarias, importan las

¹³³ Suances Marcos, Manuel; Villar Ezcurra, Alicia., *El irracionalismo*, ed. Síntesis, Vol. I. Madrid, 2000. “No obstante, a la vez, preguntarse hoy por el poder de la razón, parece tener mucho menos sentido, en tanto y en cuanto a la impotencia de la razón se nos manifiesta en los más variados frentes: la discutida neutralidad de ciencias y técnicas ante la violencia de los intereses políticos y económicos, la locura de las guerras destructoras, o el abuso de la energía atómica y la destrucción del medio ambiente. El criterio de la experiencia, y entre otros la experiencia histórica que la humanidad tiene de sí misma, ha desacreditado la fe en la razón y ha denunciado su carácter instrumental”,... p. 18.

¹³⁴ Ver nota 258.

jurisdiccionales y propiamente las que se refieren a temas constitucionales, pues constituyen la cúspide del ordenamiento jurídico, en donde se deciden en última instancia, todos los conflictos y de ahí derivan todos los demás.

La razón debe entenderse como previsibilidad, pero no en términos de una regla disyuntiva, es decir a la manera de que sólo lo previsible será lo racional, pues hay casos en los que la interpretación de las normas o los hechos conduce a conclusiones distintas, incluso opuestas pero posibles; por ello, la razón colma más precisamente las condiciones de un principio, ya previsibilidad se determinará en grados. La arbitrariedad, será el punto opuesto a la razón y el peso de la decisión será el que determinará su aproximación a la razón o a la arbitrariedad.

Los requerimientos para arribar a una decisión razonable, están dados, en primer término por el reconocimiento de los derechos, los principios o valores emanados de un sistema normativo democrático.

Por ello, el requerimiento básico es el de atender al derecho válido. El derecho válido en México se integra por la Constitución, y por los tratados internacionales sobre derechos humanos, así como por los criterios de interpretación vinculantes.

Además, se deben satisfacer los requerimientos de una justificación interna, en la que la conclusión debe derivar necesariamente de las premisas y una justificación externa, que habrá de obtenerse mediante una argumentación o acción comunicativa que explore en el sistema jurídico, la selección e interpretación de las normas, principios o valores que mejor correspondan a las expectativas en que se funda el sistema. En esta tarea, son relevantes: la razón crítica, para distinguir a la razón recta, de la razón desviada y en ella, la influencia de la ideología y la religión; el sentido común; las emociones; la noción de universalidad y la fe en la razón. Paralelamente, como métodos alternativos para la justificación externa, importan la retórica, las teorías de la argumentación y la acción comunicativa.

Por tanto, lo razonable debe considerarse propiamente como un principio y el contraste entre lo arbitrario es un recorrido de distintas tonalidades que puede llevar a lo opuesto de lo razonable es decir, a lo arbitrario. Esto no impide, sin

embargo, que en algunos supuestos este distanciamiento entre lo razonable y lo arbitrario, se ubique en un punto medio en el que sea difícil distinguir con precisión el terreno de lo arbitrario y el terreno de lo razonable.

Sin embargo, por complicado que resulten algunos casos, es indispensable discernir si la decisión se ubica en lo razonable o en lo arbitrario; esto debido a que, como se verá, el funcionamiento de un sistema jurídico, opera mediante la satisfacción de sus expectativas con un código binario, el cual, para mantener su equilibrio deberá rechazar las decisiones ilegales y aceptar las legales, con tal que estas sean compatibles con las expectativas en las que se funda el sistema.

En este sentido, la toma de decisiones se convierte en una cuestión valorativa. Se califica aquello que corresponde con las expectativas que colman el sistema jurídico como razonable y se rechaza lo arbitrario.

En cuanto a los conceptos:

a) Para la razón y arbitrariedad, en un caso fácil:

En la razón jurídica F el participante P, en un primer nivel, tendrá que incorporar V, el reconocimiento del derecho válido y los criterios de interpretación obligatorios en el contexto del sistema normativo S.

P, tiene que dar la solución que el derecho válido V, del sistema normativo S consigna para H, pues si no hay duda de que esa es la solución, la racionalidad debe encontrarse en la previsibilidad de un fallo, que acierte a esa respuesta; esto, considerando una operación de carácter deductivo, en donde la conclusión se haga derivar de las premisas.

Un caso F, sería arbitrario cuando P no aplique la norma q, de V de S, a H, pues las consecuencias frustrarían las expectativas previsibles de A y O, reconocidas en la aplicación de la norma q de V de S para H.

También sería arbitrario, que P no tuviera por probado H, pues no podría aplicar la norma q de V y con ello, frustraría las expectativas previsibles de A y O, reconocidas en la aplicación de la norma q de V de S para H.

b) Para un la razón y la arbitrariedad, en un caso difícil.

En este supuesto se diría que la decisión D, es racional porque es previsible que P argumentara a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema

DV de S o S1, o el problema DH, conforme a los criterios de interpretación de V de S o S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV o DH, es próxima a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.

Por el contrario se diría que la decisión D, es arbitraria porque es imprevisible que P argumentara a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema DV de S o S1, o el problema DH, conforme a los criterios de interpretación de V de S o S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV o DH, es lejana a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.

CAPÍTULO 2

JUSTIFICACIÓN INTERNA.

1. Ontología de los enunciados normativos y fácticos. 1.2. Funciones descriptiva y directiva. 2. Argumentación judicial y lógica. 3. Argumentos inductivos. 4. Argumentos deductivos. 4.1. Principios lógicos. 5. Lógica proposicional y tablas de verdad. 6. Lógica deóntica. 7. Resumen.

*Living is easy with eyes closed, misunderstanding all you see...
Nothing is real...
John Lennon.*

1. Ontología de los enunciados normativos y fácticos

Hay que partir de la definición señalada en el capítulo anterior sobre la razón y la arbitrariedad en el primer nivel, el de la justificación interna.

El caso F, se ajusta a la razón, porque es previsible, necesariamente, para A y O, que P seleccionara la norma q, que corresponde a V de S, para los hechos H, pues las consecuencias de aplicar la norma q a H, corresponden a las expectativas reconocidas en V de S, para P, A y O.

Un caso F, sería arbitrario cuando P no aplique la norma q, de V de S a H, pues las consecuencias frustrarían las expectativas previsibles de A y O, reconocidas en la aplicación de la norma q de V de S para H.

También sería arbitrario, que P no tuviera por probado H, pues no podría aplicar la norma q de V de S y con ello, frustraría las expectativas previsibles de A y O, reconocidas en la aplicación de la norma q de V de S para H.

Asimismo, en el capítulo precedente se hizo hincapié en que carecemos de un conocimiento directo de las proposiciones descriptivas y prescriptivas¹³⁵; en este sentido, se dijo que era preciso asistirse de una concepción filosófica que permitiera dar un mismo tratamiento al razonamiento teórico y al razonamiento práctico, lo cual podría encontrarse en el lenguaje, desde un enfoque pragmático.

¹³⁵ Véase, capítulo 1, subcapítulo 5. Razón y Verdad, p.56

Bastaría remitirse al ejemplo del robo, del capítulo anterior, para advertir que este concepto de robo, es una construcción jurídica, que permite al participante, valorar los hechos para determinar si corresponden o no a esa construcción jurídica; esto se hace a partir del significado de robo, que es un signo del lenguaje jurídico.¹³⁶

El lenguaje es un proceso en el que participan el emisor, el mensaje y el receptor; también, tiene otras singularidades que nos permiten entender que el ser humano es fundamentalmente lingüístico; esto porque las relaciones con sus semejantes, el entendimiento de la realidad y su construcción se verifican precisamente, a través del lenguaje.

El lenguaje es concebido como un conjunto sistemático de signos a los que se les atribuye un significado para reducir la complejidad de la realidad.¹³⁷

La interpretación de estos signos construye expresiones a través de las que se hace posible tomar todo tipo de decisiones, desde las más básicas, enfocadas a satisfacer las funciones primarias de la vida: alimentarse, procrear, guarecerse, hasta las más complejas, que involucran una serie de intereses en conflicto, fundados en proposiciones abstractas, de todo tipo, propias de la vida social.

Al estudio de los sistemas de signos se le conoce como semiótica¹³⁸ y tiene una tradición que se remonta a la antigua Grecia, a los tiempos de Aristóteles, Platón y los Estoicos, a la filosofía analítica del lenguaje, representada por Gottlob Frege, Bertrand Russell, Ludwin Wittgenstein o por la línea estructuralista,

¹³⁶ Véase, robo como un caso fácil, p. 33.

¹³⁷ Hijemselv, Louis, *Prolegómenos a una teoría del lenguaje*, ed. Gredos, Madrid 1974. Sobre el significado del lenguaje, este autor, dice: “La ciencia ha tendido a ver el lenguaje como una serie de sonidos y de gestos expresivos, sujetos a descripción física y fisiológica exacta y ordenados como signos de los fenómenos de la conciencia. Ha buscado en el lenguaje, a través de interpretaciones psicológicas y lógicas, la fluctuación de la psique humana y la constancia del pensamiento –aquella vida caprichosa y cambiante del lenguaje, ésta en sus signos, reconociendo en ellos dos clases, la palabra y la proposición, símbolos palpables del concepto y del juicio respectivamente. Del lenguaje, concebido como un sistema de signos y como entidad estable, se esperaba que proporcionase la clave del sistema del pensamiento humano, de la naturaleza de la psique”, p.12

¹³⁸ Copley, Paul, *et al*, *Semiótica para principiantes*, ed. Era Naciente, Buenos Aires, 2004. “La palabra “*semiótica*” viene de la raíz griega seme, como semeiotikos, intérprete de signos. La semiótica como disciplina es el análisis de los signos o el estudio del funcionamiento de sistemas de signos.”, p.4.

cuyos partidarios son Ferdinand de Saussure, Roland Barthes, Humberto Eco y Jacques Derrida.¹³⁹

La semiótica también se refiere a una tradición sobre el análisis de la ley y la doctrina, desde el enfoque de sus significados y a partir de distintos tipos de relaciones: la ley y el sistema legal; el discurso legal y la práctica legal; intercambio de signos entre el lenguaje oficial de los actores y el del público en general; comunicaciones internas entre el código de la legalidad y el de la legitimidad, o bien, las relaciones entre la lógica y el derecho y el análisis comparativo entre los sistemas legales de distintas culturas.¹⁴⁰

Jeremy Bentham (1748-1832) consideró que el derecho es una articulación de signos declarativos de la voluntad soberana de un estado sobre la conducta que se debe observar por una persona o clase de personas sujetas a ese poder.¹⁴¹

Hay una variedad de investigaciones que buscan en el análisis del lenguaje la explicación de las normas jurídicas. Estos estudios forman parte de una corriente conocida como filosofía analítica del derecho, que sienta las bases para distintas teorías sobre argumentación jurídica.¹⁴²

El lenguaje, según la semiótica, puede examinarse desde distintos puntos de vista, o desde los distintos signos que lo integran:

- a) Sintáctico, estudia la estructura y relaciones entre los signos.
- b) Semántico, estudia la relación entre los signos y su significado.
- c) Pragmático, estudia la relación entre los signos y su uso.¹⁴³

¹³⁹ Beuchot, Mauricio, *La semiótica. Teorías del signo y el lenguaje en la historia*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 14-19.

¹⁴⁰ Radipati, B.D.D., *Legal Semiotics and Normative Imposition in an African Context. The case of the San /Bushmen*. Publicado en *Conscience, Consensus, & Crossroads in Law. Eight Round Table on Law and Semiotics*, ed. Roberta Kvelson Peter Lang Publishing, Inc., New York., 1995, p. 262.

¹⁴¹ Stuart Mill, John, *Observaciones sobre la filosofía de Bentham*, en *El ámbito de lo jurídico* [comp], Casanovas Pompeu, Moreso José Juan, ed. Crítica, Barcelona 2000, p. 171.

¹⁴² Op. Cit. Hernández Marín, Rafael, *El derecho y la justicia*. Con respecto a la filosofía del lenguaje jurídico, señala: "...es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que el análisis filosófico-lingüístico de las normas jurídicas es una actividad distinta de la interpretación de las normas jurídicas; y, en segundo lugar, que dicho análisis ha de ser siempre posterior a la actividad interpretativa, dado que es una abstracción a partir de la interpretación", p. 121.

¹⁴³ Morris, Charles, *Signos, lenguaje y conducta*, trad. Rovira Armengol, José, ed. Losada, Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento, Buenos Aires 2003. Morris explica que en *Foundations of the Theory of Signs*, (p.6.), se definieron los términos en cuestión: "la pragmática como estudio de la relación entre signos

Esta clasificación se remonta a Peirce, pero Morris la estableció con mayor precisión en el sentido de que la pragmática trata del origen, usos y efectos de los signos, el origen de la pragmática partió de una exclusión, pues se consideró que a la pragmática le correspondería todo aquello que no fuera propio de la semántica, como lo sostenía Frege “*el basurero de la semántica*”; la semántica estudia la significación de los signos en todos los modos de significar y la sintáctica se ocupa de estudiar la combinación entre los signos sin importar las significación específica o su relación dentro de la conducta en que aparecen.¹⁴⁴

La búsqueda de un significado puede ser orientada, conforme a alguna de las anteriores relaciones. Si por ejemplo, se buscara la correspondencia entre un enunciado fáctico con la realidad (signo-objeto), se plantearía una relación semántica.

En cambio, si no importara esa correspondencia, sino más bien atender al uso que se le da a un determinado signo, en este caso habría un análisis orientado hacia una función pragmática (signo-intérprete) y si lo que interesara, fuera la correlación del signo, en el entorno de un sistema coherente, en este caso, se desarrollaría un análisis sintáctico (signo-signo).

Como quiera que sea, en cualquier supuesto debe considerarse que un signo lingüístico es una construcción convencional para simplificar el entendimiento de la realidad. No es la realidad, es sólo un enunciado al que le atribuimos una valoración y con la cual podemos plantear una lógica general, sin que con ello importe si los enunciados son del mundo del ser o del deber ser, porque la asignación de los significados es un lenguaje de referentes que tienen un sentido dado por el medio social.

Es cierto que los significados que una sociedad atribuye a los distintos signos, pueden plantear dudas sobre su sentido verdadero o correcto, pero estas dudas pueden superarse precisamente, a través de la interpretación del propio

e intérpretes; la semántica como la relación entre los signos y los objetos a que pueden aplicarse; y, la sintáctica como el estudio de las relaciones formales de los signos entre sí” p. 264.

¹⁴⁴ Iturralde Sesma, Victoria, *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial*, ed. Ara Editores, Lima, 2010, pp. 184-185.

lenguaje, según la relación semántica, sintáctica o pragmática que puedan aparecer entre los signos, objetos o sujetos.

Wittgenstein apunta el tema de la duda en los juegos lingüísticos en los términos siguientes:

453. En efecto, digo: "Ninguna persona razonable dudaría en este caso",
-¿Podríamos imaginar que se preguntara a unos jueces ilustres si una duda es razonable o irracional?

454. Hay algunos casos en los que la duda no es razonable; pero hay otros en los que parece lógicamente imposible. Y no parece haber entre ellos una frontera bien delimitada.

455. Todo el juego de lenguaje descansa en el hecho de que puedan desconocerse de nuevo las palabras y los objetos. Aprendemos con la misma inexorabilidad que esto es una silla y que $2 \times 2 = 4$.

456. Por tanto, si dudo o si no estoy seguro de si ésta es mi mano (en uno y otro sentido) ¿por qué no debería dudar también del significado de estas palabras?

457. ¿Quiero decir, pues, que la seguridad se encuentra en la esencia del juego del lenguaje?

...

508. ¿En qué puedo confiar?

509. Lo que en realidad quiero decir es que un juego del lenguaje sólo es posible si se confía en algo (no he dicho "si se puede confiar en algo").¹⁴⁵

Estos argumentos revelan que los significados sobre distintos tipos de enunciados pueden ser dudosos y por eso, puede ser persistente la necesidad de fundamentación, pero en algún momento se debe poner un límite y no hay otra alternativa que la de confiar en el sentido asignado. Igual ocurre con los enunciados normativos y con las proposiciones éticas, hay un momento en que la fundamentación tiene que llegar a una frontera, en la que la confianza es la única fuente para avanzar en la construcción de más argumentos.¹⁴⁶

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el mundo jurídico, conformado por el reconocimiento de deberes y derechos, es suprasensible: ¿cómo podríamos explicarnos que una persona moral puede ser representada a partir de un poder?; o bien, ¿cómo es que podemos asegurar que alguien es propietario de una cosa?

Esto es lo que Karl Olivercrona llamaría el velo de misterio de Bentham. Es una superstición creer en la realidad de los deberes y los derechos. No hay quien

¹⁴⁵ Wittgenstein, Ludwig, *Sobre la certeza*, ed. Gedisa, Barcelona 2003, pp. 59-66.

¹⁴⁶ Véase, la fe en la razón, p. 75.

pueda dar cuenta de la personalidad o de un derecho subjetivo, o de un derecho como la propiedad.¹⁴⁷

Fuller considera que el mundo de las ficciones, no es ajeno a los abogados, jueces y demás operadores jurídicos; incluso, entre los juristas la existencia de las ficciones jurídicas es algo que simplemente se da por sentado y la crítica no se endereza en contra de una determinada ficción, sino en la conveniencia de que se use o no.¹⁴⁸

Una ficción se definiría como: 1) Un enunciado formulado con conocimiento total o parcial de su falsedad o 2) un enunciado falso del que se reconoce su utilidad.¹⁴⁹

El problema entre la verdad y una ficción es un problema abierto, no se puede prescindir de las ficciones porque ningún enunciado puede encontrar una correspondencia absoluta con la realidad. Se trata de una cuestión de grado por la que asumimos una aproximación o distanciamiento de la ficción con la realidad o bien con lo que se pueda considerar como realidad, cuando la ficción ha sido aceptada en el mundo jurídico.

Esta distancia es la que permite que una ficción muera o viva, según se pueda evaluar su uso en el tiempo, así sucedió con el concepto de *committia*.

En Roma esta palabra se utilizaba cuando se tenía que solicitar la aprobación de la asamblea de ciudadanos para hacer cambios legislativos; la asamblea actuaba como legislador negativo. Esta facultad se transformó para que la asamblea fuera el órgano facultado para hacer directamente las reformas legales. El uso que se daba a una ficción *committia* murió en el sentido de la

¹⁴⁷ Op. Cit. Olivecrona, Karl, *et al.*, *El velo de Misterio de Bentham*, en Casanovas, Pompeu y Moreso, Juan José (comp.) *El ámbito de lo jurídico* nota 141. “Precisamente porque derechos, deberes y situaciones jurídicas eran ficticios, Bentham pensaba que eran una perniciosa causa de oscuridad en el derecho. Hablar acerca de ellos sólo producía sofistería y absurdidad. Sin embargo, pensaba que todas las normas jurídicas acerca de derechos, deberes y situaciones jurídicas podían reducirse a órdenes y prohibiciones del soberano. Aprender a descender el velo de misterio era aprender a hablar de la voluntad del soberano en lugar de hablar acerca de entidades ficticias. Entonces capturemos las realidades del derecho.”, p. 173.

¹⁴⁸ Fuller, Lon. F. *Ficciones Jurídicas*, Biblioteca de ética, Filosofía del Derecho y Política, dirigida por Ernesto Garzón Valdez *et al.*, ed. Fontamara, México, 2003, “Los juristas frecuentemente son críticos con el derecho; en cambio, pocas veces se quejan de aquello que está basado en ficciones. En general, están más predispuestos a expresar su disconformidad cuando el derecho rechaza la adopción de una ficción que consideran conveniente y deseable.”, p.58.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 65.

significación de conformar un legislador negativo, y vivió para transformarse en la de un legislador activo. Podría considerarse que eliminar una ficción del derecho equivaldría a sustituir una metáfora muerta por otra viva.¹⁵⁰

Daniel Mendonça sostiene que las ficciones en el derecho son una potente herramienta para transformar la realidad, explica que la palabra ficción deriva del verbo latino *fingere* , que significa modelar, representar, plasmar, simular o adaptar. Se expresan mediante el enunciado A cuenta como B o bien A es como si fuera B. La función A como si fuera B, no es un paso formalmente válido, se trata de un razonamiento que tiene la estructura de una analogía.¹⁵¹

La analogía es el procedimiento a partir del cual se tiene 1) un supuesto jurídico regulado por el derecho y 2) otro supuesto no regulado, pero que comparten similitudes a partir de las cuales la solución del caso 1 puede hacerse extensiva al caso 2.¹⁵²

El razonamiento a partir de las ficciones se conforma de proposiciones que en sí mismas carecen de un valor verdadero o falso porque lógicamente no pueden tener una correspondencia con la realidad, como ocurriría por ejemplo, con las normas que confieren poderes, estas normas no pueden constatarse a través de los sentidos.

No obstante, si se asevera que de acuerdo con la ley una persona tiene determinadas facultades, la consecuencia será diferente para aquel que carezca de esas facultades; esto es, la realidad se construye a partir de la relación pragmática de los signos.

John R. Searle en su libro *la Construcción de la Realidad Social* , explica refiriéndose a los juegos, que en un juego de fútbol americano, cuando se hace una anotación y se asignan seis puntos al equipo correspondiente, le damos un significado simbólico a los puntos que no tiene una correspondencia con la realidad.¹⁵³

¹⁵⁰ *Ibídem* , pp. 70-72

¹⁵¹ *Ibídem* , p. 12.

¹⁵² *Ibídem* , p. 13.

¹⁵³ Cfr. Searle, John R., *The Construction of Social Reality* , ed. Penguin Books, England, by Clays Ltd. St Ives plc, 1996. Los animales que corren en grupo pueden tener toda la conciencia e intención que necesitan. Pueden incluso tener jerarquías y un macho dominante; pueden cooperar para la caza, compartir su comida e

Se trata de una construcción lingüística vinculada a una significación aceptada en un sistema social. En opinión de Searle, es posible desvincular la significación de los objetos, por ejemplo cuando hablamos de la estrella de la tarde, podemos percibirla sin considerar el significado de las palabras; esto quiere decir que hay una propiedad en el lenguaje por la cual los objetos pueden separarse de sus significados.¹⁵⁴

Es decir, la realidad se construye a partir de significados, que pueden o no tener un referente objetivo. Sin el lenguaje podríamos ver a un hombre que cruza una línea blanca con un balón; con el lenguaje podríamos entender que queremos que un hombre cruce esa misma línea blanca con un balón para anotar seis puntos.

En otras palabras, los enunciados, incluyendo los de carácter prescriptivo, como los normativos son producto del uso reiterativo del lenguaje a través de estructuras institucionales o actos del habla de la vida social. No son verdaderos o falsos, simplemente tienen una existencia conceptual a la que se le asigna una valoración que puede variar en el tiempo y en el lugar, pero que en una circunstancia específica, determinan un sistema de proposiciones válidas a partir de las que se pueden emitir justificaciones.¹⁵⁵

Lo anterior se puede resumir en la fórmula: X cuenta como Y en C. La suma de propiedades o notas distintivas conforman una proposición X, que lleva a un significado Y, en las circunstancias C.

Por ejemplo, ser apoderado de una persona moral, implica contar con un documento expedido por un notario público en donde consta que éste protocolizó un acto mediante el cual se confiere a un individuo la posibilidad de representar a

incluso permanecer unidos, pero no pueden tener matrimonios, propiedades o dinero, ¿por qué no?, porque todas estas son creaciones institucionales de formas de poder, derechos, obligaciones, tareas, etcétera y la característica de este fenómeno es que esas creaciones conforman razones para la acción que son independientes de lo que tú o yo o cualquiera está inclinado a hacer. [trad. MMM.], pp. 66-71.

¹⁵⁴ Ídem.

¹⁵⁵ Ross, Alf. *et al.*, *Law, reason and justice*, Essays in legal philosophy, By Graham (Beynon John) Hughes, ed. New York New York Univ. Press 1969.-XIII, (Studies in peaceful change)... las ficciones legales son útiles en tanto ayuden a superar una cierta resistencia a desarrollos necesarios en la ley: Al mismo tiempo, de cualquier modo, debemos estar prevenidos de su peligro potencial al inducir a la gente ignorar que después de todo pueden haber diferencias significativas entre la situación original para la que fue creada la norma y su aplicación extensiva en la realidad. [trad. MMM], p. 219.

aquella. La conjunción de estos requisitos dará por consecuencia considerar a una persona determinada como apoderado; esto en el contexto, digamos de la legislación mexicana vigente.

Esta apreciación se extiende no sólo en lo que corresponde a la creación de un sistema normativo, sino a la solución de controversias judiciales en donde se emplea el lenguaje del derecho y el lenguaje de la prueba de los hechos.

En esta forma, los hechos, las normas aplicables, los argumentos, conforman lenguaje especial, un conjunto de enunciados encaminados a la construcción de una realidad sobre la cual se emitirán conclusiones.

La forma de razonamiento ordinario se verifica a partir de argumentos deductivos o inductivos, pero para el derecho a los argumentos deductivos se les conoce como silogismos jurídicos. Un silogismo jurídico opera de la misma forma en que ocurre con un argumento deductivo, hay una premisa mayor, que es la que fija una relación entre un antecedente con un consecuente; una premisa menor que se refiere al caso concreto y una conclusión.¹⁵⁶

En un caso simple como el de un robo, a partir del lenguaje jurídico, podríamos realizar el razonamiento siguiente:

- a) Quien se apodera de una cosa ajena mueble, sin consentimiento y sin derecho de quien legalmente puede disponer de ella con arreglo a la ley, comete el delito de robo.
- b) Juan Hernández se apoderó de una bicicleta, sin consentimiento y sin derecho de su dueño, Pedro Gutiérrez, quien puede disponer de ella por ser el propietario, según la factura que ampara la descripción de la bicicleta y el número de serie correspondiente.
- c) Juan Hernández por tanto, cometió el delito de robo al haberse apoderado de la bicicleta de Pedro Gutiérrez sin derecho y sin consentimiento de éste último.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Cisneros Farías, German, *Lógica Jurídica*, ed. Porrúa, México 2003, p. 71

¹⁵⁷ Op. Cit., Sánchez, Luis Manuel, *Después del positivismo Re-sustantivando el derecho*. En el silogismo judicial, se tiene a una norma que conforma la premisa mayor, a los hechos, que conforman la premisa menor y la conclusión, que es una subsunción entre la norma y los hechos. En este tipo de silogismo se puede creer que se viola la ley de Hume; sin embargo, hay que tener en cuenta que las implicaciones, se construyen a partir de signos, tanto en el debe, como en el ser. p.141.

Ahora bien, que exista correspondencia entre esas proposiciones con la realidad es una cuestión que merece un tratamiento distinto, pues las consideraciones normativas y fácticas, son por un lado, según se dijo, conceptuales y por otro, los enunciados fácticos conforman una reconstrucción de la realidad, que arroja tan sólo un grado aproximado de credibilidad, que difícilmente puede ser absoluto.

Además, hay que tener en cuenta que la prueba de los hechos está sujeta a reglas de orden institucional que limitan la actividad probatoria a términos, características, formalidades o requerimientos singulares que en suma, inciden en el mayor o menor grado de credibilidad.¹⁵⁸

En México, predominan los sistemas probatorios mixtos. De manera que hay que considerar las limitaciones institucionales, en términos del ofrecimiento, preparación, desahogo y valoración, que en suma, llevan a obtener igualmente resultados formales, cercanos probablemente con la realidad, pero de ningún modo la pueden alcanzar.

Conforme a lo dicho, podríamos llegar a la conclusión de que se cometió un delito de robo, a través de un silogismo judicial que se construye por conceptos jurídicos, que se rigen conforme a una *verdad legal*.

No obstante, supongamos que Juan Hernández alega en su defensa que en realidad, él es el dueño de la bicicleta y exhibe otra factura con las mismas características que las del documento que también acompaña el ofendido, con un nombre distinto.

No sería ahora tan sencillo afirmar que Juan Hernández se apoderó de una bicicleta ajena, pues todo dependerá de la prueba sobre el título de la bicicleta; no obstante, un principio de no contradicción nos indica que ambos títulos no podrían

¹⁵⁸ Black, Virginia, "The Illicit Reduction of Ontology to Epistemology in the Legal Enterprise", En *Conscience, Consensus, & Crossroads in Law*, Eight Round Table on Law and Semiotics, ed. Roberta Kevelson. Peter Lang, New York, 1995. En donde la evidencia circunstancial debe ser valorada por su contribución como evidencia admisible, y donde la posición contraria se esconda, si es que puede hacerlo, las realidades relevantes que podrían causar la identidad lógica de ambas perspectivas -aquella de identificar el objeto de investigación y aquella de confirmar el objeto de investigación- no pueden ser subestimadas. Lo mismo es verdad cuando lo que se necesita no son condiciones naturales, es decir hechos aprendidos a través de los sentidos, sino reglas, procedimientos, razones, precedentes, argumentos, estándares. Esta parafernalia conforma una realidad legal. [trad. MMM], p. 53.

ser al mismo tiempo verdaderos, uno de los dos documentos tiene que desestimarse.

Con esto, es incuestionable que el material normativo o fáctico con el que se emiten justificaciones tiene un impacto en la realidad, en la afectación de derechos sobre la libertad, la propiedad, las posesiones o los derechos familiares, por enunciar algunos casos.¹⁵⁹

Ante esas consecuencias, se ha pretendido, en la medida de las limitaciones conceptuales e institucionales, referentes a las normas y su interpretación o al conocimiento de los hechos, que los razonamientos derivados de la valoración de las pruebas sean eficaces para llegar a conclusiones que encuentren una correspondencia con la realidad. De otro modo, sería absurdo creer en la funcionalidad de los conceptos jurídicos, normas y reglas de valoración de las pruebas.

Esto se resumiría en una simple pregunta: ¿cómo podría haber justicia sin verdad?

Ahora bien, hay discrepancias internas en las posibles interpretaciones que se puedan asignar a los enunciados normativos. De esta suerte, una norma podría admitir dos interpretaciones por tribunales distintos; no obstante, ello no haría que sus resoluciones por esa sola circunstancia pudieran considerarse irracionales, más bien podríamos aseverar que cada uno de los órganos jurisdiccionales hizo interpretaciones distintas de las normas o de los hechos, es decir que en estos casos algún tribunal pudo considerar que X no cuenta como Y en el contexto C; en tanto que otro sí lo estimó así.¹⁶⁰

En efecto, en este caso, que sería uno difícil D, consideraríamos que la previsibilidad es un principio y no una regla, ya que la posibilidad de que un mismo caso se resuelva de manera distinta, no conlleva a una irracionalidad,

¹⁵⁹ La Rue, Lewis H., *Constitutional law as fiction*, ed. Pennsylvania State University, 1995. En breve, las opiniones judiciales no se les ve como ficciones, sus autores no creen que escriben ficciones y sus lectores (otros jueces, abogados, profesores de derecho y estudiantes de derecho) no se imaginan normalmente que están leyendo ficciones. En lugar de describir su trabajo como ficción, muchos jueces dirían que decidir sobre los casos es su responsabilidad primaria. La gente lleva sus conflictos a la corte y si son incapaces de negociar acuerdos, someterán sus conflictos a un juez o a algún juzgado. Mientras se sube por la escalera judicial, el objetivo de la decisión de los casos permanece, pero en ello se añade una función adicional, la de declarar y clarificar el derecho, lo que le da su importancia. [trad. MMM], p. 10.

¹⁶⁰ Se pueden considerar los supuestos de criterios contradictorios, como se explica en las notas 69, 70 y 71.

simplemente se trata de que las expectativas en las que se funda el sistema normativo podrían colmarse desde dos puntos de vista distintos, aunque uno de ellos quizá sea mejor que otro.

En todo caso habría que explorar las premisas sobre las que cada tribunal partió para llegar a su conclusión y argumentar a favor o en contra de alguna de ellas.

Tampoco sería irracional, por ejemplo, tener probado un hecho a partir de una presunción, no obstante que en la realidad tal suceso no haya tenido lugar, pues la presunción viene a colmar un requerimiento de tipo procesal, que se considera, por razones institucionales, de mayor relevancia que el cumplimiento absoluto de la carga probatoria, como podría ser la presunción de inocencia; o las presunciones que operan en materia de trabajo cuando un patrón no puede demostrar el salario o su jornada.¹⁶¹

Según se ve, en los casos difíciles D, el participante construye premisas y llega a conclusiones que no necesariamente tienen una correspondencia con la realidad, pues se apoya en normas, conceptos jurídicos, convenciones o disposiciones de carácter institucional, que validan las proposiciones con las que se emite una justificación, sin que ello afecte de algún modo la racionalidad interna del argumento.¹⁶²

Frente a estas discrepancias, es necesario asistirse de un meta-lenguaje, esto es, un sistema que permita afinar las distintas interpretaciones para seleccionar cuál significación se le debe dar a ese mundo conceptual conformado por normas y hechos que se deben demostrar de acuerdo con otras normas.

¹⁶¹ También se pueden considerar los problemas derivados de las presunciones en materia fiscal, véase nota 71, p. 52.

¹⁶² Op.cit. La Rue, Lewis H. El autor sostiene la tesis de que el derecho es una ficción, no en el sentido de que se verifica a partir de hechos imaginarios, sino en el sentido de que se basa en una reconstrucción de la realidad, sobre la que se hace una historia que a veces es buena y otras ocasiones mala, y en cuanto a los hechos, señala que sólo pueden considerarse en términos de los límites de la probabilidad. Los jueces cuentan historias para persuadirnos que el camino del derecho debe ir en una sola dirección y en algunos casos podrán persuadirnos, pero en otras no. Incluso, la proporción entre las ficciones y los hechos en una historia no corresponden a la proporción entre su verdad y falsedad. Después de todo, nunca podemos conocer los hechos con certeza; estamos limitados a probabilidades. Como todos los abogados lo saben, un testigo puede equivocarse, hay un margen de error en las pruebas de laboratorio. En resumen, los hechos en una historia no son siempre verdaderos, más bien, deben considerarse más o menos probables. [trad. MMM], pp. 9-15.

Estas diferencias tienen que ajustarse mediante una argumentación enfocada hacia la justificación externa, lo que quiere decir que importan las razones que permitan llegar a una conclusión sobre las premisas que habrán de emplearse en la justificación, sean estas normativas o fácticas.

Para sostener una justificación o para rechazarla hay que considerar en principio la aplicación de las reglas interpretativas dadas por el propio sistema, según los principios de legalidad y debido proceso encontradas en V de S o S1; y en el caso de que se diera un margen de discrecionalidad D, debe procederse con prudencia; en esas circunstancias el participante P debe encontrar la solución más compatible con los principios jurídicos, o consideraciones morales extraídas del propio sistema jurídico S o de su sistema subsidiario S1.

En este sentido, el participante P, debe ser un lector especializado del sistema normativo y de los límites que tenga en el marco de un estado democrático de derecho, conforme a pautas éticas del ejercicio jurisdiccional.

Según se dijo en el capítulo anterior, en la justificación externa se diría que la decisión D, es racional porque es previsible que P argumentara a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema D en V de S o S1, o el problema DH, conforme a los criterios de interpretación de V de S, o su sistema subsidiario S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV o DH, es próxima a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P al resolver los problemas DV o DH, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.

En el apartado de ética judicial, cobran especial importancia el entendimiento de las emociones en un aspecto cognoscitivo y en otro práctico; esto desde el punto de vista del participante; lo primero, según se verá¹⁶³ porque la comprensión de las cuestiones valorativas, como la equidad, el bien común, la justicia social, o problemas éticos, que necesariamente habrán de abordarse en algún punto de los casos difíciles, se verifica, en parte, a partir de emociones pues con motivo de estas se verifica el razonamiento; y lo segundo, porque quien puede captar el sentido de las emociones que están detrás de los conceptos jurídicos,

¹⁶³ Véase, Capítulo 3, subcapítulo 2. El logos griego, p 143.

puede igualmente considerar un orden sistemático de esos principios, para decidir prudentemente, lo que es justo, lo que se puede considerar correcto, o lo equitativo incluyendo a las perspectivas de V y O, que es precisamente el sentido que debe darse al derecho como instrumento para practicar la justicia.

No obstante, parece difícil conciliar la aplicación estricta de la ley con la justicia. En muchos casos es frecuente el enunciado: *“la sentencia se dictó apegada a derecho, pero es injusta”*. ¿Es tan difícil hallar un camino en el que el derecho y la justicia vayan en la misma dirección? ¹⁶⁴

Con todo y que el lenguaje permita centrar los problemas sobre la interpretación de las normas o la prueba de los hechos, a partir de las distintas relaciones entre signo y participante; signo y objeto o signo y signo, debe aclararse que en el campo de la justificación interna, no se presentan dudas sobre el sentido de la norma o sobre la prueba de los hechos.

En la justificación interna, las ficciones que integran el razonamiento del participante son aceptadas por el afectado A y el observador O, hay una coincidencia necesaria con las expectativas del derecho válido del sistema jurídico; de otro modo, no se trataría de un caso que amerite simplemente de una justificación interna, habría que elevarlo al nivel de la justificación externa.

1.2. Funciones descriptiva y directiva

En la filosofía del lenguaje, el derecho es analizado desde el aspecto lingüístico de las proposiciones normativas que conforman un sistema y, se hace una distinción entre una función descriptiva y una directiva.

¹⁶⁴ Smith, Leiden, C.E. Sincerity in Legal Argumentation Theory. Published in Logic, Argumentation and Interpretation/Lógica, Argumentación e Interpretación. Proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005 Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2007, Vol. V. El autor comenta, siguiendo a Dworkin y a Oliver Wendell Holmes, sobre la importancia de la sinceridad de los jueces, señala que sus decisiones deben encontrar los principios que mejor se adapten a los intereses de la comunidad: un solo juez puede de manera deshonestamente presentar una argumentación convincente que justifique una decisión, basada en valores o principios. Su deshonestidad es, parafraseando a Oliver Wendell Holmes, desde el punto de vista de un mal hombre. Su argumentación es meramente instrumental, invoca valores y principios para convencer a su audiencia, no por estar convencido de ello. Pero sin un conjunto de principios ya existente, que justifique mejor la práctica legal de la comunidad, el juez deshonesto sería incapaz de estructurar una argumentación convincente. [trad. MMM], pp. 52 y 53.

Las proposiciones normativas y éticas realizan una función directiva que se desenvuelve en el mundo del deber ser, al que pertenecen las normas jurídicas o las consideraciones éticas.

No pueden ser verificadas empíricamente; por consecuencia, no se puede afirmar la verdad o falsedad de la proposición; por esta distinción se considera que la racionalidad del discurso ético no puede ser igual a la que corresponde el discurso científico.

No es posible que una proposición directiva emane de otra descriptiva; es necesario que la derivación lógica de una proposición directiva emane de otra proposición directiva.

Según tales planteamientos, sería incongruente conjugar proposiciones normativas o éticas, con proposiciones fácticas, pues las normas forman parte del mundo del deber ser, de los enunciados prescriptivos o directivos; en tanto que los hechos son del mundo del ser y son por tal motivo, descriptivos.

Los lingüistas han propuesto dos opiniones sobre el razonamiento ético:

1. Wittgenstein y los emotivistas consideran que el razonamiento ético no es posible porque no es un discurso en el que se pueda predicar su verdad o falsedad. Son sólo una cuestión cognoscitiva.

2. La posición anterior es historia, según Uberto Scarpelli,¹⁶⁵ porque no puede negarse que el razonamiento práctico sí es un discurso a pesar de que tiene una función cognoscitiva; esto, porque se puede dar un salto de una función descriptiva a una directiva.

La filosofía lingüística italiana ha realizado avances significativos en el estudio de los sistemas éticos, explica Scarpelli, se han dividido en tres tipos:

a) Aquellos en los que las proposiciones directivas emanan de otras proposiciones que tienen la estructura de normas de comportamiento. Este es el esquema fundamental que siguen los sistemas éticos y se vincula a los sistemas estáticos de Kelsen. Ésta es la estructura que corresponde a los sistemas morales.

¹⁶⁵ Scarpelli, Uberto, *Ethics, Language and Reason*, en *Law and Language, The Italian Analytical School*, ed. Anna Pintore et. Mario Jori, Liverpool 1997, pp. 51- 68.

b) Los sistemas en los que las proposiciones directivas derivan de otras proposiciones directivas que tienen la estructura de las normas de competencia en las que intervienen proposiciones descriptivas que operan dentro del área de competencia de las proposiciones directivas. Esta es la estructura que corresponde a los sistemas legales y se identifica con la concepción del derecho dinámico de Kelsen.

c) Proposiciones directivas que derivan de otras proposiciones de mayor jerarquía que tienen la forma de proposiciones teleológicas, con la intervención de proposiciones descriptivas que se orientan la eficacia del objetivo en función del comportamiento. Esta es la estructura que corresponde a los sistemas de ética política.¹⁶⁶

Una proposición directiva emanada de un sistema ético puede ser calificada como válida cuando se puede seguir su derivación con otra proposición directiva superior. La validez sería lo que para las proposiciones descriptivas es la verdad. El valor de validez es un valor de justificación.

Para calificar la validez de una proposición directiva, se debe suponer el paso lógico de su derivación de otra proposición directiva; si no se puede dar ese paso se debe rechazar la validez de la proposición.

Por consiguiente, se puede calificar la validez de una proposición directiva, según emane de un sistema relativo a normas de comportamiento; normas de competencia en la que participan las proposiciones descriptivas y, proposiciones directivas en forma de proposiciones teleológicas en las que intervienen también proposiciones descriptivas.

Los principios éticos pueden ser calificados como válidos cuando pertenecen a un sistema ético de mayor jerarquía, de manera que de este último depende la validez de todos los demás que se encuentran debajo de aquél.

La calificación de validez se debe verificar a partir de una justificación externa en los sistemas de proposiciones directas relacionadas con normas de competencia, esto es en los sistemas normativos.

¹⁶⁶ Ídem.

Uberto Scarpelli precisa que se debe emplear el término calcular, en lugar de razonamiento en la tarea de la justificación externa, esto con respecto a las técnicas propuestas por Perelman y Olbrecht-Tyteca en su Tratado de la Argumentación.¹⁶⁷

Mario Jori, en un ensayo sobre el objeto del método en las ciencias legales, denomina a las proposiciones prescriptiva y directiva, como prescripción metodológica; en tanto que a la descripción, simplemente la denomina descripción metodológica.¹⁶⁸

Kalinowsky sostiene que la tesis del derecho positivo de Kelsen, que considera al derecho como ciencia, sólo puede orientarse a una función descriptiva; por tanto, no puede dar cuenta de la validez del derecho, al ser un campo conformado de enunciados prescriptivos.¹⁶⁹

Por su parte Alf Ross, considera que la validez del derecho, entendida por Kelsen como la derivación de una norma de otra de rango superior, hasta llegar a la norma fundamental, es sólo una forma indirecta de analizar la validez, que descuida el aspecto sociológico de la efectividad de las normas. Ross, sostiene su apreciación desde un punto de vista metodológico, en la relación que existe entre el derecho y la justicia y por otro lado, el objeto del método en enunciados directivos y normas, que se conectan con hechos sociales que constituyen prescripciones efectivas. Ross ha contribuido de forma importante en la teoría de las descripciones legales, desde los dos aspectos mencionados, en función del método y de su objeto.¹⁷⁰

Mario Jori, sostenía que para Kelsen, el método en la ciencia jurídica, debe ser puramente descriptivo.

¹⁶⁷ Ídem. Más allá de la racionalidad ética, el discurso ético consiste en persuadir, desde los motivos para derramar sangre hasta las técnicas argumentativas del Tratado de Argumentación de Perelman y Olbrechts-Tyteca. Incluso en donde no hay espacio para los cálculos y sólo se trata de lo que puede ser posible o plausible, los seres humanos deben emplear su habilidad de seleccionar y evaluar la evidencia. Para Perelman y Olbrecht-Tyteca, el uso de esa habilidad y del cálculo se pueden llamar razón. Me parece que por claridad se debe limitar el uso de la palabra razón a la de cálculo. Para calificar la argumentación relacionada con la palabra razón deberíamos hablar de una argumentación razonable, como una alternativa civilizada para la violencia verbal y no verbal. [trad. MMM]

¹⁶⁸ *Ibidem*. Mario Jori hace un recuento de las ideas de Kalinowsky, Alf Ros, y Bobbio, p. 300.

¹⁶⁹ *Ídem*.

¹⁷⁰ *Ídem*.

Con referencia a esa apreciación, Mario Jori comenta que Bobbio planteó un meta-lenguaje de la ciencia jurídica distinto, porque considera que el método también tiene que ser prescriptivo desde el momento en que son necesarias las interpretaciones o los argumentos valorativos, por vía de la doctrina o de las decisiones judiciales, que de algún modo conforman vías creativas del derecho.¹⁷¹

Como quiera que sea, lo cierto es que sin lógica, no hay razonamiento; por tanto, es necesario que las proposiciones indicativas, o los juicios prescriptivos, puedan articularse a partir de un criterio de validez, como el de pertenencia.¹⁷²

Es, en efecto, posible un razonamiento de las proposiciones indicativas o prescriptivas, la diferencia que se presenta con las proposiciones descriptivas, es que en aquéllas, el sentido de validez debe acompañarse de su derivación de un sistema normativo. Esta derivación se debe constatar a través de la compatibilidad de los significados lingüísticos mediante una justificación externa.

Ahora bien, la derivación de las proposiciones directivas, se refiere a normas de competencia dentro de las que participan las proposiciones descriptivas; pues el sentido normativo trasciende cuando se concreta en el mundo de los hechos. Esto quiere decir que las normas tienen una doble cualidad, su competencia está delimitada por una proposición directiva, pero en el área de competencia su significación tiene efectos en el mundo de los hechos.

Una proposición directiva que conforma una norma de competencia, establece una relación de implicación sobre la que se puede predicar su validez o invalidez en un código binario.

Por ejemplo, se presenta un problema sobre el significado de una norma de competencia, particularmente sobre si una pena vitalicia debe ser considerada como una pena inusitada, prohibida en el artículo 22 de la Constitución Mexicana.

En esta variación hay dos posibles supuestos:

- a) Una pena vitalicia implica una pena inusitada prohibida en el artículo 22 constitucional.

¹⁷¹ Op. Cit. Jori, Mario, *The Object and Method of Legal Science en Law and Language, The Italian Analytical School*. pp. 291-337.

¹⁷² *Ibídem*, el autor sostiene que Hart se arriesgó a violar la Ley de Hume, porque mezcló descripción con prescripción. p. 309.

- b) Una pena vitalicia no implica una pena inusitada prohibida en el artículo 22 constitucional.

El significado de la norma debe validarse a partir de otra proposición directiva que se debe encontrar en el sistema de competencias dentro del que se desarrolla el sistema de la imposición de las penas, según su finalidad y consideraciones éticas.

En la jurisprudencia 127/2001,¹⁷³ el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, había considerado que una pena vitalicia, debía tenerse por inusitada, al oponerse a la readaptación social¹⁷⁴, que es uno de los fines que persiguen las penas, según el artículo 18 de la Constitución, según el texto siguiente:

PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL. Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos; ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente. En efecto, la finalidad de la pena ha evolucionado a través del tiempo, pues ésta surgió en principio como una venganza privada en la que el ofendido aplicaba el castigo de acuerdo a la gravedad del daño causado; luego, como una venganza divina, pues el delito se consideraba como una ofensa a la divinidad; en el derecho griego, además, era intimidatoria; en el derecho romano constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa; en el periodo científico, en Alemania, se estimó que el fin de la pena es una coacción psicológica, de donde surgió la teoría de la prevención general; para la escuela clásica la pena tiende a conservar el orden legal; para los positivistas la finalidad de la pena es un medio de defensa social; para la doctrina absolutista responde a la idea de justicia absoluta, esto es, que el bien merece el bien y que el mal merece el mal; para la doctrina

¹⁷³ 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIV, Octubre de 2001, p. 15.

¹⁷⁴ El término readaptación social, se modificó por el de reinserción del sentenciado a la sociedad con motivo de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011.

relativa es el instrumento para asegurar la vida en sociedad; y la doctrina ecléctica propone que la pena pública puede tener los fines siguientes: reformar al delincuente, ser ejemplar, intimidatoria, correctiva, eliminadora y justa. Ahora bien, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 18, segundo párrafo, después de analizar las iniciativas, dictámenes y discusiones de las reformas de que fue objeto, siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto, es inconstitucional.

Se consideró, entre otras cosas, que la finalidad esencial de la pena es la readaptación social del delincuente y que una prisión vitalicia, según este criterio, sería cruel, infamante y excesiva por no cumplir con los fines punitivos declarados en el artículo 18 de la propia Constitución. ¿Quién podría readaptarse cuando nunca podrá reincorporarse a la sociedad?

No obstante, la anterior jurisprudencia fue modificada; esto se debió a un hecho evidente. Este criterio obstaculizaba los requisitos para que prosperaran las solicitudes de extradición, pues de llegarse a imponer una pena inusitada por el país solicitante, ello constituiría un punto insuperable para acceder al otorgamiento de la extradición.

Así es, el artículo 10 de la Ley de Extradición Internacional, establece una serie de compromisos que el Estado solicitante debe asumir para que se conceda la extradición, entre ellos, en la fracción V se indica:

V. Que si el delito que se impute al reclamado es punible en su legislación hasta con la pena de muerte o alguna de las señaladas en el artículo 22 constitucional, sólo se impondrá la de prisión o cualquier otra de menor gravedad que esa legislación fije para el caso, ya sea directamente o por substitución o conmutación.

En algunas solicitudes de extradición, la pena que se podría imponer al sujeto respecto del que se hizo una solicitud de extradición, podría depararle una prisión vitalicia; de manera que si ésta es considerada inusitada, o prohibida por el

artículo 22 de la Constitución Federal y no hay margen de que se le pueda sancionar con otra pena de menor gravedad, luego es entendible que esa petición no prosperaría, pues la autoridad solicitante se vería imposibilitada a hacer un compromiso de imponer una pena menor a la vitalicia, según su legislación interna.

Esto se explica con el contenido de la jurisprudencia por contradicción 26/2004,¹⁷⁵ del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice lo siguiente:

EXTRADICIÓN. EFECTO DE LA SENTENCIA QUE OTORGA EL AMPARO CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LA CONCEDE, POR FALTA DEL COMPROMISO A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE EXTRADICIÓN INTERNACIONAL. El efecto jurídico de una sentencia de amparo es volver las cosas al estado que tenían antes de la violación de garantías, nulificando el acto reclamado y los que de él deriven; por tanto, cuando el amparo se concede por violaciones sustanciales del procedimiento, su efecto es que se reponga a partir del punto en que se cometió la infracción; con base en lo anterior, cuando el amparo se otorga contra la resolución que concede la extradición de una persona por estimar el Juez de Distrito que la Secretaría de Relaciones Exteriores omitió requerir al Estado solicitante para que expresara el compromiso a que se refiere la fracción V del artículo 10 de la Ley de Extradición Internacional, de no imponer al extraditado la pena de prisión vitalicia, considerada jurisprudencialmente como una de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el efecto de la protección constitucional es que dicha secretaría deje insubsistente la resolución de extradición reclamada, reponga el procedimiento a partir de que se cometió la infracción y requiera al Estado extranjero para que subsane la omisión señalada, en términos del artículo 20 de la Ley de Extradición Internacional, debiendo poner en libertad al quejoso por lo que se refiere a ese procedimiento, sin perjuicio de que por motivos diversos deba permanecer recluso; sin que ello impida que de subsanarse la violación procesal pueda reiniciarse el trámite de la extradición y volver a ordenar la detención definitiva de la persona reclamada.

¹⁷⁵ 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIX, Abril de 2004, p. 96.

Por tanto, en la jurisprudencia 1/2006,¹⁷⁶ se cambió el sentido que debía asignarse a una prisión vitalicia para dejar de ubicarla, como pena inusitada, tal como lo precisa el texto que se cita:

PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. La acepción de pena inusitada a que se refiere el precepto constitucional citado se constriñe a tres supuestos: a) Que tenga por objeto causar en el cuerpo del sentenciado un dolor o alteración física; b) Que sea excesiva en relación con el delito cometido; que no corresponda a la finalidad que persigue la pena, o que se deje al arbitrio de la autoridad judicial o ejecutora su determinación al no estar prevista en la ley pena alguna exactamente aplicable al delito de que se trate; y, c) Que siendo utilizada en determinado lugar no lo sea ya en otros, por ser rechazada en la generalidad de los sistemas punitivos. En congruencia con lo anterior, se concluye que la pena de prisión vitalicia no se ubica en alguno de los referidos supuestos, ya que si bien inhibe la libertad locomotora del individuo, no tiene por objeto causar en su cuerpo un dolor o alteración física. En cuanto a lo excesivo de una pena, ello se refiere a los casos concretos de punibilidad, en los que existe un parámetro para determinar si para ciertos delitos de igual categoría, el mismo sistema punitivo establece penas diametralmente diferentes, por lo que la pena indicada en lo general no se ubica en tal hipótesis, al no poder existir en abstracto ese parámetro; además, la prisión corresponde a la finalidad de la pena, pues ha sido reconocida como adecuada para el restablecimiento del orden social, sin que la característica de vitalicia la haga perder esa correspondencia, pues dicho aspecto se relaciona con su aplicación, mas no con el tipo de pena de que se trata. Por otra parte, es importante señalar que el hecho de que la prisión vitalicia no tenga como consecuencia que el reo se readapte a la sociedad, dado que éste no volverá a reintegrarse a ella, tampoco determina que sea una pena inusitada, toda vez que el Constituyente no estableció que la de prisión tuviera como única y necesaria consecuencia la readaptación social del sentenciado, ni que ese efecto tendría que alcanzarse con la aplicación de toda pena, pues de haber sido esa su intención lo habría plasmado expresamente.

Lo que se resolvió finalmente con toda precisión por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 2/2006, que dice:

¹⁷⁶9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006, p. 6.

EXTRADICIÓN. LA PRISIÓN VITALICIA NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE CUANDO AQUÉLLA SE SOLICITA ES INNECESARIO QUE EL ESTADO REQUIRENTE SE COMPROMETA A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FIJE SU LEGISLACIÓN. De conformidad con el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito por el que se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acorde con las leyes de la parte requirente, la extradición no podrá concederse, a menos de que esta parte otorgue las seguridades suficientes de que aquéllas no se aplicarán, o que se impondrán las de menor gravedad que fije su legislación. En estas condiciones, si la pena de prisión vitalicia no es de las prohibidas por el referido precepto constitucional, es evidente que en los casos en que se solicite la extradición y el delito que se impute al reclamado sea punible en la legislación del Estado solicitante hasta con pena de prisión vitalicia, es innecesario exigirle que se comprometa a no imponerla o a aplicar una menor.¹⁷⁷

Este cambio radical de significados hace evidente, que una proposición directiva que delimita un rango de competencia, tiene efectos sobre una proposición descriptiva; es decir, según el sentido que se le dé al significado de las proposiciones de la implicación, derivará en un resultado con consecuencias fácticas, lo que significa que en este procedimiento, existe un razonamiento en el que se conjugan proposiciones directivas y descriptivas.

Con el empleo de la lógica proposicional, se puede explicar la relación entre los enunciados directivos y descriptivos. En principio, se tienen dos significados distintos sobre el concepto de pena vitalicia; en un caso a/t, se considera que la prisión vitalicia es una pena inusitada; en el otro caso a/r, no se considera como una pena inusitada.

a/t= prisión vitalicia → b = pena inusitada.

a/r= prisión vitalicia → -b = (no es pena inusitada)

En un argumento *modus ponens* se puede advertir que las conclusiones de cada posibilidad son distintas.

¹⁷⁷ 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006, p. 5.

CASO 1

(x) $a(x) \rightarrow b(x)$

(a/t)

(b)

CASO 2.

(x) $a(x) \rightarrow - b(x)$

(a/r)

- (b)

En la premisa menor a se encuentra el hecho de que a una persona se le impondrá una prisión vitalicia; en el primer caso la conclusión a la que se arriba es que se trata de una pena inusitada; en el segundo se indica que no es una pena inusitada.

La consecuencia que derivará de estos resultados es que conforme al primer caso, no sería procedente una solicitud de extradición si al extraditado se le fuera imponer una prisión vitalicia; en el segundo caso ocurriría lo contrario, si al extraditado se le fuera a imponer una prisión vitalicia; ello no haría que se pueda considerar que se le impondrá una pena inusitada y por tanto, procedería autorizar, por lo menos en cuanto a este aspecto, la solicitud de extradición.

Otra cuestión sería revisar la justificación externa que orilló a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a cambiar su criterio anterior, y esta apreciación es un tanto más compleja, ya que por un lado, es un hecho evidente que el Gobierno de Estados Unidos de Norteamérica durante un tiempo solicitó la extradición de diversos delincuentes vinculados al narcotráfico para juzgarlos en ese país; sin embargo, esas solicitudes se rechazaban, precisamente porque una de las condiciones para acceder a la solicitud era precisamente, que no se le fuera a imponer al extraditado, una pena violatoria del artículo 22 Constitucional.

Luego es palmario que el problema estaba en el artículo 22 de la Constitución Federal, sin embargo merece reflexión delimitar el alcance interpretativo que tendría la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para revertir

el significado de un concepto jurídico, en una comprensión absolutamente contraria de la que tradicionalmente se tenía.

El punto es si por vía de la interpretación Constitucional, se resolvió un problema político, que no habría podido atenderse apropiadamente por la vía ordinaria de una reforma constitucional.

Esta hipótesis adquiere cierto peso, si se evalúa la dimensión que tendría que tener una reforma constitucional para modificar el sentido de la norma.

En efecto, conforme a las disposiciones que se interpretaron, el artículo 18 de la Constitución Federal, establecía el concepto de readaptación social, es cierto que ahora el fin de la pena, recibe otro nombre con una reforma publicada el dieciocho de junio del año dos mil ocho en el Diario Oficial de la Federación. Se considera que el fin es la reinserción, sin embargo, la idea que se corresponde tanto en la readaptación, como en la reinserción, sería la de que quien fue condenado, vuelva a la sociedad.

El segundo párrafo del artículo 18 Constitucional, reformado, dice lo siguiente:

Artículo 18...

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

En tal virtud si con una pena vitalicia se suprime esta posibilidad de que el delincuente vuelva a la sociedad, ¿qué sentido tendría la pena?

Una de las tesis recién transcritas, establece en los últimos renglones:

...el Constituyente no estableció que la de prisión tuviera como única y necesaria consecuencia la readaptación social del sentenciado, ni que ese efecto tendría que alcanzarse con la aplicación de toda pena, pues de haber sido esa su intención lo habría plasmado expresamente.

No obstante el constituyente sí estableció que el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones se organizaría sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social.

No hay duda de que por lo menos el fin propuesto de manera expresa en la Constitución no se cumpliría con una prisión vitalicia. Ahora bien, si este es el fin que expresamente no se cumple, ¿no sería ello suficiente para considerar que la pena es inusitada?

¿Cuáles otros fines tendrían que señalarse expresamente y por qué habría de tenerlos que señalar el Constituyente?

Cualquier otro fin que hubiera omitido precisar el legislador, sería irrelevante si aquel expresamente señalado no se va a cumplir, pues la Constitución es un catálogo de derechos mínimos que la autoridad está obligada a respetar.

Como quiera que sea, con esto queda claro cómo una proposición directiva con estructura de norma de competencia interviene una proposición descriptiva que opera dentro del área de competencia, según el significado o el sentido que pueda tener la proposición directiva.

2. Argumentación judicial y lógica

La justificación interna es en principio, una regla de racionalidad de orden formal. Si un argumento está planteado correctamente, desde su enfoque lógico, puede considerarse que cumple con un aspecto básico de la racionalidad.

No pueden llegarse a conclusiones sin que existan las premisas que conducen a estas; o, en otros términos, si una conclusión puede derivarse de sus premisas, esta forma de argumento está internamente justificada.

Por ejemplo, un recurso o medio de impugnación, podría desecharse por distintas razones:

- a) No se interpuso oportunamente.
- b) No se satisfizo algún requisito formal: firma, copias o alguna irregularidad en la continuidad del texto, etc.
- c) No es procedente el recurso según las hipótesis legales.

Si dado el caso, se desechara un recurso sin que se expresara alguna de las razones precedentes, tal decisión no estaría internamente justificada, porque no habría una premisa que justificara el motivo para llegar a aquella conclusión.

En la práctica judicial, se dice que una decisión tiene un vicio de incongruencia, cuando la conclusión no se hace derivar de las premisas, como se explica en la jurisprudencia que se transcribe.

SENTENCIAS. SU CONGRUENCIA. Es requisito de toda sentencia la congruencia entre los considerandos y los puntos resolutiveos, en tanto que ésta constituye una unidad y los razonamientos contenidos en los primeros son elementos fundamentales para determinar el alcance preciso de la decisión, pues es en ellos en donde el juzgador hace los razonamientos adecuados para llegar a una determinación, la cual debe ser clara y fundada, características que dejan de cumplirse cuando existe entre ellos una incompatibilidad en su sentido o son incongruentes con las consideraciones expresadas en la sentencia, pues si existe incompatibilidad entre el contenido de los puntos resolutiveos de la sentencia se provoca incertidumbre respecto a su sentido y alcances.¹⁷⁸

También, puede presentarse un defecto en el razonamiento formal cuando la conclusión no puede derivar de las premisas porque no se incluyeron todas las que deberían llevar a la conclusión adoptada; en este caso, la práctica judicial en materia de amparo, considera que existe un problema de exhaustividad y esta ausencia se puede presentar en las premisas normativas o en las fácticas, bien porque no se haya hecho un estudio completo sobre todos los argumentos enfocados a plantear una posición sobre el sentido que se debe dar a la norma; o porque no se analizaron todas las pruebas.

CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN SENTENCIAS DICTADAS EN AMPARO CONTRA LEYES. ALCANCE DE ESTOS PRINCIPIOS. Los principios de congruencia y exhaustividad que rigen las sentencias en amparo contra leyes y que se desprenden de los artículos 77 y 78 de la Ley de Amparo, están referidos a que éstas no sólo sean congruentes consigo mismas, sino también con la litis y con la demanda de amparo, apreciando las pruebas conducentes y resolviendo sin omitir nada, ni añadir cuestiones no hechas valer, ni expresar consideraciones contrarias entre sí o con los puntos resolutiveos, lo que obliga al juzgador, a pronunciarse sobre todas y cada una de las pretensiones de los quejosos, analizando, en su caso, la constitucionalidad o inconstitucionalidad

¹⁷⁸ 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Octubre de 2008; p. 2293

de los preceptos legales reclamados.¹⁷⁹

Hay quienes niegan la posibilidad de que el derecho y la lógica puedan relacionarse pero, también otros consideran que la lógica es indispensable para entender al derecho y particularmente al derecho operativo, o al derecho analizado desde el enfoque de la justificación.¹⁸⁰

Para la lógica jurídica el estudio de los argumentos sólo se verifica a partir de los razonamientos lógicos y más concretamente desde la visión de la lógica de las normas o lógica deóntica que surgió a partir del trabajo de George H. Von Wright, *Deontic Logic*.¹⁸¹

En esta labor es indudable que cotidianamente, empleamos argumentos deductivos e inductivos.

En los argumentos deductivos, la conclusión se obtiene de las propias premisas y el parámetro de valor de las proposiciones opera con un código binario; para las proposiciones descriptivas se emplea el código verdadero/falso; para las proposiciones directivas o prescriptivas válido/inválido; el código desde el punto de vista analítico debe emplearse según la naturaleza de la proposición, pero en realidad, sólo cumple una función lógica para relacionar las proposiciones en razonamientos formalmente válidos; en este sentido, hablar de verdadero/falso; válido/inválido; legal/ilegal, desde el punto de vista estrictamente lógico cumple, en cualquier supuesto, el mismo propósito.¹⁸²

¹⁷⁹ 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXI, Abril de 2005; p. 108

¹⁸⁰ Teresa Echave, Delia, Eugenia Urquijo, María, Guibourg A. Ricardo. *Lógica proposición y norma*, ed. Astrea, Buenos Aires 1991, con relación a la lógica se pregunta: “¿Y por qué precisamente la lógica? Ante todo porque cualquier sector de la ciencia que emplee el lenguaje y el razonamiento debe someterse a la prueba de la validez de su propio método; pero una ciencia que no sólo emplee el lenguaje como herramienta sino que además tenga por objeto el estudio de argumentos que se suponen lógicamente encadenados –como las ciencias políticas y jurídicas- no puede privarse de analizar la estructura de su propio objeto.”, p.31

¹⁸¹ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación Jurídica*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2003. p. 28.

¹⁸² Copi Irving M; Cohen, Carl, *Introducción a la Lógica*, ed. Limusa, México 2007. “En todo argumento deductivo, o bien las premisas apoyan realmente a la conclusión, de manera concluyente o definitiva, o no logran este apoyo. Por tanto, cada argumento deductivo es o bien válido o inválido. Este es un punto de cierta importancia: si un argumento deductivo no es válido, debe ser inválido; “inválido” no se aplica a los argumentos inductivos. los argumentos inductivos pueden ser evaluados como mejores o peores, de acuerdo con el grado de apoyo que proporcionan sus premisas a sus conclusiones. Así pues mientras mayor sea la probabilidad o verosimilitud que sus premisas confieran a la conclusión, mayor será el mérito de un argumento inductivo.”, p. 71

Ahora bien, es cierto que en la tarea práctica, una resolución está conformada no de una, sino de una serie de premisas y conclusiones que se van encadenando hasta llegar a la conclusión; son indispensables pronunciamientos sobre: la competencia del tribunal; excepciones dilatorias o perentorias; hechos; derecho y sus consecuencias jurídicas, así hasta llegar a los puntos resolutivos.

Sin embargo, cada paso está concretado en una sola operación en la que se va pasando de un argumento a otro. De esta forma, por ejemplo, la justificación de la competencia tendrá que plantearse sobre la base de ese código binario legal/ilegal; es decir, se tendrá que resolver el problema relativo a si el participante es legalmente competente o es ilegalmente incompetente y lo mismo pasará con todos los demás problemas que se vayan sumando a la solución de la litis, hasta llegar a las conclusiones definitivas o puntos resolutivos.

En el apartado ontología sobre los enunciados normativos y fácticos, se explicó que estos enunciados son producto de significados intangibles, pues difícilmente se logra que exista una correspondencia con la realidad, tanto en los hechos como con las normas. Con esto se obtiene una verdad legal, que difiere de la verdad semántica, sólo hay una aproximación con un grado de probabilidad variable, pero ello no impide que se pueda considerar una lógica derivada de esos valores.

El lenguaje jurídico es producto de convenciones sobre signos, con los que se construye artificialmente o a través de ficciones, una suma de proposiciones con valores dados por su correspondencia pragmática, con los que es factible hacer razonamientos válidos o inválidos.

En los argumentos inductivos las proposiciones se van construyendo a partir de valoraciones que van de lo particular a lo particular y no se sustentan en premisas verdaderas o falsas, sino verosímiles, plausibles o probables que gozan de aceptación en el medio judicial. No se debe confundir a los argumentos deductivos e inductivos con el método deductivo e inductivo en el que se parte de lo general a lo particular y viceversa, respectivamente.

La argumentación judicial requiere la construcción de premisas normativas y fácticas, sea esto por medio de argumentos deductivos o inductivos.

Las premisas normativas se concretan al hallazgo de la norma legal aplicable al caso concreto, por el participante. En este proceso intervienen técnicas de interpretación normativa dentro de las que se resuelven problemas jurídicos como los relativos a la existencia de lagunas o antinomias, (entre normas, principios, o ambos) o la mera delimitación del alcance que se debe asignar a una norma jurídica, según su interpretación semántica, pragmática, o sintáctica.

La premisa fáctica tendrá correspondencia con los hechos particulares del caso a resolver, según se tengan o no por demostrados. Esta demostración habrá de concretarse a tener por cierto o falso, que el hecho p , ocurrió en el lugar s , en el tiempo t .

En esta formulación participarán otros procedimientos que regulan la valoración de los hechos o algunos requerimientos institucionales, sobre la materia de la prueba, reglas procesales sobre admisión, preparación y desahogo o incluso, la facultad asignada por la ley para apreciar los hechos en conciencia, conforme a la sana crítica y el prudente arbitrio.

3. Argumentos inductivos

En este tipo de argumentos, como se decía, se parte de lo particular a lo particular.

La inducción puede considerarse como un procedimiento cercano a la probabilidad matemática, con la diferencia de que esta última se apoya en la frecuencia de que ocurra en sucesos en un margen de cálculos matemáticos; en tanto que el razonamiento inductivo, si bien igualmente parte de un cálculo probabilístico, ello se verifica a partir de la experiencia, o de la intuición.

En la práctica judicial, este razonamiento puede ser identificado con la prueba circunstancial en la que es factible arribar a un dato desconocido a partir de la relación lógica de otros que permiten, al adminicularlos, arribar a completar ese supuesto ignorado. Un ejemplo de este argumento sería el siguiente:

Carlos negó tener intervención en el homicidio.

En el momento del cateo se encontró en el domicilio de Carlos un revólver calibre 32.

A Carlos se le practicó una prueba del guantelete¹⁸³ y se halló positiva, se encontraron residuos de nitrato en las zonas más frecuentes de manipulación de un arma de fuego.

Del dictamen de necropsia resultó que la causa de la muerte se debió a un impacto con un proyectil de arma de fuego que interesó el corazón.

Del dictamen de balística apareció que la bala que interesó el cuerpo de Carmelo corresponde a un proyectil calibre 32.

Javier Ramírez manifestó que Carlos tenía un pleito anterior con Carmelo por el amor de Delfina, quien se había casado con Carmelo.

Delfina reconoció el cadáver de Carmelo, quien dijo se trataba de su marido y corroboró que entre Carmelo y Carlos existían rencillas.

Don Jacinto manifestó haber visto a Carlos horas antes del día de los hechos que portaba al cinto un revólver.

De la relación circunstancial de los anteriores indicios se puede concluir que Carlos es responsable del homicidio de Carmelo porque en su domicilio se encontró un arma, tipo revólver calibre 32; se le practicó una prueba del guantelete resultó positiva; en el cuerpo de Carmelo se encontró que la causa que provocó la muerte fue un impacto de bala calibre 32 que corresponde con el calibre del arma que se encontró en su domicilio; Javier Ramírez y Delfina fueron coincidentes en señalar que Carlos tenía pleitos anteriores con Carmelo y Don Jacinto vio a Carlos que el día de los hechos portaba al cinto un revólver que coincide con el tipo de arma que se encontró en el domicilio de Carlos.

Es cierto que en la vida práctica se podrían presentar distintos escenarios y quizá ello pueda incidir en el grado verosimilitud al que se puede arribar con la valoración de las pruebas. En este caso si el proyectil encontrado en el cadáver no correspondiera con las marcas que dejan los proyectiles del arma calibre 32 encontrada en el domicilio de Carlos, ello abriría un margen muy amplio de duda sobre si Carlos fue o no quien dio muerte a Carmelo.

¹⁸³ Reyes Calderón, José Adolfo, *Tratado de Criminalística*, ed. Cárdenas, México 2000, Esta prueba, tiene por objeto determinar si una persona ha disparado o no un arma de fuego; para su realización se requiere de parafina, la cual por tener su punto de fusión entre 50° -57° C, permite aplicarse sobre la piel sin peligro de quemaduras, se somete a exámenes microscópicos hasta localizar partículas de pólvora, con las que se realizan análisis químicos, p. 257.

El razonamiento inductivo, no puede aportar una certeza absoluta sobre los hechos. Incluso la idea de encontrar una función semántica en donde los hechos encuentren una correspondencia con la realidad es sólo un postulado o principio que puede satisfacerse en mayor o menor medida. Se trata en todo caso de una función ideal a la que habrá de dirigirse la prueba de los hechos, que en la mayoría de los casos, sólo se encuentra en una aproximación, que se conoce como la verdad jurídica o formal.

Sin embargo, esta forma de razonamiento se emplea de manera cotidiana en la justificación de distintos casos, en materia penal se conoce como prueba indiciaria, según se explica en la tesis siguiente:

PRUEBA INDICIARIA. NATURALEZA Y OPERATIVIDAD. Esta figura que recibe ese nombre de la interpretación del artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, también identificada como "prueba presuncional", derivada de igual intelección del artículo 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, más que prueba por sí, constituye propiamente una vía de demostración indirecta, pues se parte de la base de que no hay prueba directa de un hecho que precisa ser acreditado -pues si la hubiera sería innecesario transitar por la indirecta-, pero sí los hay de otros hechos que entrelazados a través de un razonamiento inferencial, regido por la lógica del rompecabezas -conforme a la cual ninguna pieza por sí proporciona la imagen completa, pero sí resulta del debido acomodo de todas ellas- llevan a su demostración, de manera que su operatividad consiste en el método de la hipótesis que llega a ser acreditada, más que por la simple suma de varios indicios, por el producto que se extrae de la interrelación de todos ellos. De ahí que la indiciaria presupone: 1) que los hechos que se toman como indicios estén acreditados, pues no cabe construir certeza sobre la base de simples probabilidades; no que se trate de hechos de los que sólo se tiene un indicio, 2) que concurra una pluralidad y variedad de hechos demostrados, generadores de esos indicios, 3) que guarden relación con el hecho que se trata de demostrar y 4) que exista concordancia entre ellos. Y satisfechos esos presupuestos, la indiciaria se desarrolla mediante el enlace de esos hechos (verdad conocida), para extraer como producto la demostración de la hipótesis (verdad buscada), haciendo uso del método inductivo -no deductivo-, constatando que esta conclusión sea única, o bien, que de existir hipótesis alternativas se eliminen por ser inverosímiles o por carecer de respaldo probatorio, es decir, cerciorándose de que no existan indicios, de fuerza

probatoria tal que, si bien no la destruyen totalmente, sí la debilitan a tal grado que impidan su operatividad.¹⁸⁴

La probabilidad que resulte en la conclusión de que un hecho ocurrió en un tiempo y lugar determinados, indudablemente, puede estar supeditada a un margen de equivocación; por eso, a fin de que un argumento inductivo, pueda considerarse justificado internamente, es necesario que haya una relación causal, entre antecedentes y consecuentes; por eso en la jurisprudencia se ha insistido en que la prueba indiciaria o circunstancial, debe partir de indicios que administrados entre sí, lleven a descubrir un hecho desconocido, lo que no podría presentarse cuando en lugar de indicios, se consideren presunciones, que lleven a otras presunciones.

4. Argumentos deductivos

Un argumento deductivo puede ser examinado a la luz de la lógica formal para evaluar si su construcción respeta sus leyes, es decir, si puede o no considerarse apropiado para justificar una resolución judicial, pues hay argumentos que aparentemente se sustentan en una construcción correcta, pero en realidad no es así y se conocen como falacias¹⁸⁵.

En este sentido, es necesario introducirse al campo de la lógica de manera que sus reglas constituyan auxiliares para el entendimiento de la forma en que se deben plantear argumentos formalmente válidos.

La lógica se remonta a Grecia antigua, particularmente al *Órganon* de Aristóteles.¹⁸⁶

El ejemplo clásico del silogismo deductivo es:

Todos los hombres son mortales

Sócrates es un hombre.

¹⁸⁴9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Septiembre de 2009, p. 2982.

¹⁸⁵ Atienza, Manuel, *Cuestiones Judiciales*, Biblioteca de Ética y Filosofía del Derecho y Política, ed. Fontamara, México, 2004. Sobre este aspecto cabe agregar que en el plano de la argumentación existen tres concepciones: una formal, otra material y una dialéctica o pragmática. Para los lógicos la concepción formal se funda en una inferencia, que es un encadenamiento de proposiciones en un argumento deductivamente válido, si las premisas son verdaderas, entonces también lo es necesariamente la conclusión (en virtud de alguna regla de derivación de la lógica), p. 87.

¹⁸⁶ Alarcón Cabrera, Carlo, *Lecciones de lógica jurídica*, Colección Universitaria Textos Jurídicos, ed. MAD, 2000, p. 19.

Sócrates es mortal.

Se trata de un silogismo *modus ponens* en donde hay dos premisas y una conclusión; esta última deriva de sus premisas. La premisa mayor se forma de un antecedente y un consecuente; la premisa menor reitera el antecedente de la premisa mayor y por consiguiente la conclusión tendrá correspondencia con el consecuente de la premisa mayor. En lógica, las premisas se conocen como proposiciones que pueden representarse con letras minúsculas p , q , r ... y se pueden relacionar a partir de operadores como la negación, que se representa $\neg p$; la conjunción con un punto $p \cdot q$; la disyunción con una letra v , $p v q$; la implicación o condicional $p \rightarrow q$. En otras simbologías la condicional también se representa con una u invertida; la bicondicional $p \leftrightarrow q$; también se usan paréntesis para precisar el ámbito de dominio entre una conjunción y una disyunción o entre dos implicaciones, como en la proposición siguiente: $\neg(p \cdot \neg p)$, que significa que no es cierto que p sea verdadero y falso.¹⁸⁷

La lógica proposicional delimita reglas a partir del valor de las proposiciones que son la verdad y la falsedad. Una tautología en lógica proposicional es el resultado de un argumento formalmente válido. Si las premisas son verdaderas, la conclusión también lo será.

Hay proposiciones singulares que se pueden representar como P_a , P_b , P_c , etc., y pueden ser verdaderas o falsas. La proposición P_x no es verdadera ni falsa, se trata de una expresión que contiene una variable individual que en el momento en que se sustituye, se torna en una constante individual. La cuantificación consiste en la sustitución de variables individuales por constantes individuales.

El cuantificador universal se simboliza con (x) y se dice que dada cualquier (x) . También se puede decir que existe por lo menos una x que se representaría (x) .

Una proposición puede predicar algo de un cuantificador universal. De esta forma, se puede decir:

$(x) M(x)$.

¹⁸⁷ Op. Cit, Echave, Delia Teresa, et. al. Se menciona a la notación “inglesa”, que es la empleada en este trabajo. En esta nota se indica que algunos autores reemplazan “- “, por ” ~“; “.” por “v” ; \supset , por \rightarrow ; $\circ \equiv$, por \leftrightarrow , véase nota 42, p. 33.

Que diría, dada cualquier x , x es mortal, en donde M es un predicado del cuantificador universal. Si se señala como constante individual tendría que plantearse así: $(x) Mx$. En donde p sería Pedro. Dada cualquier x , en donde Pedro es mortal.

Con la negación se podría decir que dada cualquier x , x no es perfecta.

$(x) - P(x)$

Se presentaran seis formas de razonamiento deductivo ¹⁸⁸ :

Modus ponens

Si p entonces q .

p .

Por lo tanto, q .

Un ejemplo de este tipo de razonamiento sería el de considerar que si alguien transporta cocaína se hará merecedor a una pena de diez años de prisión. Pedro transportó droga. Por tanto, Pedro se hace merecedor a una pena de diez años de prisión.¹⁸⁹

$(x) T(x) \rightarrow D(x)$

$T(a)$

$D(a)$

Modus tollens

Si p entonces q .

No- q .

Por lo tanto, no $-p$.

$(x) P(x) \rightarrow Q(x)$

- $Q(a)$

- $P(a)$

¹⁸⁸ Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Esp., ed. Ariel, 2004. El autor expone en los términos destacados los diversos tipos de argumentos deductivos, pp. 79-91.

¹⁸⁹ Véase, capítulo 1, punto 4, La fe en la razón, p. 75.

Si se cometió el delito equiparable al contrabando porque se encontró al sujeto activo en poder de un vehículo de procedencia extranjera del que no acreditó su legal importación o estancia en el país, conforme al artículo 105, fracción VI del Código Fiscal de la Federación, entonces para proceder penalmente es necesaria la formulación de una querrela por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como lo indica el artículo 92, fracción I, del mismo ordenamiento legal.

En el caso no se presentó la querrela por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, pues quien la suscribió no está legitimado.

Por lo tanto, no se puede proceder penalmente en contra del sujeto activo por la comisión del delito equiparable al contrabando.

Silogismo hipotético

Si p entonces q.

Si q entonces r.

Por lo tanto, si p entonces r.

(x) $P(a) \rightarrow Q(b)$

$Q(b) \rightarrow R(c)$

$P(a) \rightarrow R(c)$

Al examinar las pruebas resultó que los únicos implicados son Jaime y Nicolás pero Jaime manifestó que no conocía a Nicolás, aunque los boletos de camión que llevaban, tenían números consecutivos y derivaron de una misma compra. La manifestación de Jaime es falsa a partir del siguiente argumento hipotético:

Si los boletos tenían números consecutivos con relación a un mismo recibo entonces, eso quiere decir que los boletos fueron comprados uno seguido del otro en una misma operación que consta en un solo recibo.

Si los boletos fueron comprados uno seguido del otro en una misma operación que consta en un solo recibo entonces, eso quiere decir que hubo un trato entre Jaime y Nicolás para comprar los boletos de camión y se conocen.

Silogismo disyuntivo

$p \vee q$

$\neg p$.

Por lo tanto, q .

$(x) D(x) \vee R(x)$

$\neg D(a)$

$R(a)$

El trabajador planteó la acción de despido injustificado que prevé el artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo o la de rescisión por causas imputables al patrón sin responsabilidad para el trabajador, que prevé el artículo 51, fracción V del mismo texto legal.

El trabajador no planteó la acción de despido injustificado que prevé el artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo.

Por lo tanto, el trabajador planteó la acción de rescisión por causas imputables al patrón sin responsabilidad para el trabajador, que prevé el artículo 51, fracción V del mismo texto legal.

Dilema.

$p \vee q$

Si p entonces r .

Si q entonces s .

Por lo tanto, $r \vee s$.

$(x) S(x) \vee A(x)$

$S(a) \rightarrow \neg I(a)$

$A(a) \rightarrow P(a)$

$\neg I(a) \vee P(a)$

Si el quejoso reclama la aplicación del artículo 1º de la Ley del Impuesto sobre Tenencia o Uso de Vehículos, pero no demuestra que es causante de ese impuesto, entonces debe sobreseer en el juicio de amparo por no afectar su interés jurídico.

Si el artículo 1º de la Ley del Impuesto sobre Tenencia o Uso de Vehículos incluye elementos ajenos a la manifestación objetiva de riqueza que constituye el hecho imponible entonces, viola la garantía de proporcionalidad tributaria por incluir elementos ajenos a la capacidad contributiva.

Por tanto, se debe sobreseer en el juicio de amparo por no afectar su interés jurídico o se debe considerar que el artículo 1º de la Ley del Impuesto sobre Tenencia o Uso de Vehículos viola la garantía de proporcionalidad tributaria por incluir elementos ajenos a la capacidad contributiva.

Reductio ad absurdum

Para probar: p.

Se asume: No-p (esto es p es falso).

De esa asunción se deriva una implicación: q.

Se muestra: q es falso (contradictorio, estúpido, absurdo, inconsistente).

Se concluye p.

(x) P(x)

-[P (a) → Q (a)]

Q(a) → - Q(a)

El juicio de amparo es improcedente contra actos emitidos en el trámite de otros juicios de amparo.

Si negáramos que el juicio de amparo sea improcedente contra actos emitidos en el trámite de otros juicios de amparo.

Se demostraría que serían inconsistentes las consecuencias de esa negación pues podrían promoverse amparos sobre amparos, en una cadena infinita e interminable.

4.1. Principios lógicos

En cualquier argumento deductivo, según se ha dicho, se puede calificar su estructura formal como válida o inválida, según se presente una correspondencia entre las premisas y la conclusión, tal como se explicó en torno al concepto de la razón, como justificación interna, al señalar:

El caso F, se ajusta a la razón, porque es previsible, necesariamente, para A y O, que P seleccionara la norma q, que corresponde a V de S, para los hechos H, pues las consecuencias de aplicar la norma q a H, corresponden a las expectativas reconocidas en V de S, para P, A y O.

La relación entre la conclusión y las premisas, debe ser recíproca, es decir la conclusión debe derivar necesariamente de las premisas o éstas deberán llevar necesariamente, a la conclusión.

Los casos F, no presentan problemas en las premisas, éstas son aceptadas; sin embargo, los principios lógicos que aquí se examinan apuntan a aspectos esenciales de la construcción formal, que podrían, en su caso ser objeto de problematización y cuando esto sucede, el problema de la justificación será el de un caso difícil.

En esta relación recíproca de premisas, los principios de la lógica son: a) principio de identidad; b) principio de contradicción c) principio de tercero excluido, y d) principio de razón suficiente:¹⁹⁰

a) En el principio de identidad, si un enunciado es verdadero, entonces es verdadero.

$$m \rightarrow m$$

Parece obvia la afirmación; empero, si se llegara a controvertir una proposición a partir del principio de identidad, este problema, llevaría a considerar

¹⁹⁰ Cisneros Farías, Germán, *Lógica Jurídica*, ed. Porrúa, México 2003, pp. 33-41.

que existe un conflicto sobre la veracidad de una proposición y no podría ser verdadera y falsa, al mismo tiempo.

Por ejemplo, si es verdad que una persona es de nacionalidad Mexicana porque nació en México; entonces, es verdad que es de nacionalidad Mexicana por haber nacido en México.

En esta proposición, se podría controvertir, en el campo de los hechos, la afirmación de que esa persona es de nacionalidad Mexicana, pues si en un juicio se exhibieran dos actas de nacimiento de distinta nacionalidad de la misma persona; luego, habría que profundizar en los detalles y evaluar cómo es que una misma persona tiene dos actas de nacimiento de nacionalidades distintas, pues o nació en México o nació en el extranjero, pero no podría haber nacido en ambos países.

b) En el principio de contradicción se dice que un enunciado no puede ser verdadero y falso al mismo tiempo. Tiene una estrecha relación con el principio anterior, ya que lo complementa, en realidad el principio de identidad nos dice que una proposición es idéntica a sí misma y el de no contradicción diría, que por tanto, no podría contradecirse o ser algo distinto.

$$- (v \cdot -v)$$

Con esta idea, podríamos asumir que si en un contrato de compraventa se pactó un precio y una cosa, como podría ser vino; el vino es vino y no algo distinto, por tanto si se demuestra que la contraprestación resultó ser vinagre; entonces, como el vino es sólo vino y no vinagre, luego conforme al principio de identidad y no contradicción, con el vinagre, habría una violación a ambos principios ya que o es verdad que el líquido objeto del contrato es vino; o es falso que sea vino, pero no podría ser verdadero y falso, al mismo tiempo y siendo falso que sea vino, habría que declarar procedente la rescisión de las contraprestaciones por la demostración de un vicio en el consentimiento.

c) En el principio de tercero excluido se afirma que cualquier enunciado es verdadero o falso; es decir, no existe una tercera alternativa.

$$m \vee -m$$

Si se presenta una demanda de amparo, el juicio puede ser procedente o improcedente. Si es procedente, no puede ser improcedente.

Como se podrá advertir, el principio de identidad; el de no contradicción y el de tercero excluido, son tres aspectos distintos sobre el mismo punto, un enunciado sólo puede ser idéntico a sí mismo. Los demás principios son modalidades del primero, pues si un enunciado sólo es idéntico a sí mismo, ello implica que no puede ser algo distinto, es decir no puede ser contradictorio y tampoco, podría ser otra cosa distinta a predicar o bien, su verdad o su falsedad.

d) El principio de razón suficiente.

Germán Cisneros, explica que este principio fue analizado por Lebinz, y está ligado al concepto de condición necesaria y al de condición suficiente.¹⁹¹

En el caso que se ha comentado, sobre el delito de robo.¹⁹² Se diría que una condición necesaria pero no suficiente para tener por demostrado el delito de robo, sería la acción de un apoderamiento de una cosa.

Se dice que es necesario el apoderamiento, pero no sería suficiente para asumir que la conducta es típica, porque faltarían por comprobarse los restantes elementos: que la cosa sea ajena y que ese apoderamiento, se realice sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ella, con arreglo a la ley.

En cambio, podríamos decir que existe una condición suficiente, cuando por ejemplo, se dice que es suficiente para acreditar la procedencia del juicio de amparo la existencia de un interés legítimo, pues ahora, con motivo de las reformas del 6 de junio de 2011 al artículo 107, fracción I de la constitución, se amplió el concepto de interés jurídico y bastaría que quien promueva el juicio de amparo contara con un interés legítimo individual o colectivo.¹⁹³

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 39.

¹⁹² Ver notas 42 y 74.

¹⁹³ González Licona, Rolando, et. al. En Nueva Ley de Amparo, Análisis del Proyecto de, Coord. Romero Vázquez Ricardo Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación A.C. Tercera y Quinta Regiones, ed. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Tepantlato, México, 2012. Sobre el interés legítimo dice: “El interés legítimo es el interés cualificado que ciertos gobernados pueden tener respecto de la legalidad de determinados actos administrativos, y esta cualificación de interés la centran en que puede haber personas para las que la observancia o la inobservancia de las normas por parte de la administración pública resulte en una ventaja o desventaja de modo particular respecto de los demás, como resultado de la particular posición de hecho en que alguno o algunos ciudadanos se encuentren frente al orden jurídico, que los haga más sensibles que otros frente a un determinado acto, o, en su caso, de que ciertos particulares sean los destinatarios del acto administrativo que se discute”, p. 9.

Estos principios, junto con otros que pueden expresarse en lógica proposicional, serían los siguientes ¹⁹⁴ :

| | |
|----------------------------|--|
| Identidad. | $p \rightarrow p$ |
| No contradicción. | $\neg(p \cdot \neg p)$ |
| Tercero excluido. | $p \vee \neg p$ |
| Doble negación. | $\neg\neg p \leftrightarrow p$ |
| Simplificación. | $(p \cdot q) \rightarrow p$ |
| Adición. | $p \rightarrow (p \vee q)$ |
| Ley de Morgan, conjunción. | $(p \cdot q) \leftrightarrow \neg(\neg p \vee \neg q)$ |
| Ley de Morgan, disyunción. | $(p \vee q) \leftrightarrow \neg(\neg p \cdot \neg q)$ |

5. Lógica proposicional y tablas de verdad

Enseguida se muestran las tablas de verdad de la lógica proposicional. En las tablas de verdad se muestra la relación que resulta de relacionar proposiciones mediante el uso de la negación y conectivas lógicas.¹⁹⁵

Tabla de la negación

| | |
|----------|-----------|
| p | -p |
| V | F |
| F | V |

¹⁹⁴ Op. Cit. Teresa Echave, Delia, Eugenia Urquijo, María, Guibourg A. Ricardo, pp. 90-91.

¹⁹⁵ Arnaz, José Antonio, *Iniciación a la Lógica Simbólica*, 7ª ed., Trillas, México 1983, se localizan las tablas de verdad aquí reproducidas, pp. 19 a 29.

Tabla de la conjunción

| p | q | p . q |
|---|---|-------|
| V | V | V |
| V | F | F |
| F | V | F |
| F | F | F |

Tabla de la disyunción

| p | q | p v q |
|---|---|-------|
| V | V | V |
| V | F | V |
| F | V | V |
| F | F | F |

Tabla de la condicional

| p | q | p → q |
|---|---|-------|
| V | V | V |
| V | F | F |
| F | V | V |
| F | F | V |

Tabla de la bicondicional

| p | q | p → q | · | q → p |
|---|---|-------|---|-------|
| V | V | V | V | V |
| V | F | F | F | V |
| F | V | V | F | F |
| F | F | V | V | V |

Justificación formal con tablas de verdad

SOCIEDAD LEGAL. CARECE DE INTERÉS JURÍDICO EL CÓNYUGE TERCERO EXTRAÑO AL PROCEDIMIENTO, SI NO DEMUESTRA QUE EL BIEN O EL DERECHO QUE PRETENDE SALVAGUARDAR SE ADQUIRIÓ DURANTE LA VIGENCIA DE AQUÉLLA Y A COSTA DEL CAUDAL COMÚN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). De la interpretación sistemática de los artículos 173, fracción V y 174, fracciones VI y VIII, del Código Civil del Estado de Tamaulipas se deduce que no todos los bienes o derechos que se adquieran durante la sociedad legal ingresan a ésta, pues puede ocurrir que: a) sean propios de cada cónyuge por haberse adquirido a su cargo para la consolidación de la propiedad y el usufructo; o bien, b) formen el fondo de la sociedad legal, si se adquirieron por título oneroso a costa del caudal común, o por usufructo para la comunidad, o para uno de

los consortes. Luego, para discernir si los bienes o derechos que se pretenden defender son parte de la sociedad legal es necesario acreditar que se adquirieron durante la vigencia de la sociedad y a costa del caudal común. De manera que si a través del ofrecimiento de pruebas idóneas, se demuestra que el bien o el derecho que se pretende salvaguardar es propio del otro consorte, carecerá de interés jurídico el cónyuge tercero extraño al procedimiento, aun cuando aquél se haya adquirido durante la vigencia de la sociedad.¹⁹⁶

No todos los bienes que se adquieren durante la vigencia de la sociedad forman parte de ésta, sino sólo los que se adquieren durante su vigencia y a costa del caudal común. Por tanto, si el terreno x se adquirió por un cónyuge, durante la vigencia de la sociedad pero con su propio peculio luego, éste no forma parte del caudal común, ni de la sociedad legal.

Fórmula:

s= sociedad legal.

d= durante la vigencia de la sociedad.

c= caudal común.

$$s \rightarrow (d \cdot c) \cdot (d \cdot -c) \rightarrow -s$$

Tabla de valores = 3²

| s = SOCIEDAD. | d = VIGENCIA. | c =CAUDAL COMÚN. |
|---------------|---------------|------------------|
| V | V | V |
| V | V | F |
| V | F | V |
| V | F | F |
| F | V | V |
| F | V | F |
| F | F | V |
| F | F | F |
| V | V | V |

¹⁹⁶ 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Octubre de 2007, p. 3325.

COMPROBACIÓN.

| S | → | (d | • | c) | • | (d | • | - | c) | → | - | s |
|---|----------------|----|----------------|----|----------------|----|----------------|---|----|----------------|---|---|
| V | V | V | V | V | F | V | F | F | V | V | F | V |
| V | F | V | F | F | F | V | V | V | F | V | F | V |
| V | F | F | F | V | F | F | F | F | V | V | F | V |
| V | F | F | F | F | F | F | F | V | F | V | F | V |
| F | V | V | V | V | F | V | F | F | V | V | V | F |
| F | V | V | F | F | V | V | V | V | F | V | V | F |
| F | V | F | F | V | F | F | F | F | V | V | V | F |
| F | V | F | F | F | F | F | F | V | F | V | V | F |
| V | V ₂ | V | V ₁ | V | F ₄ | V | F ₃ | F | V | V ₅ | F | V |

V1. Conjunción entre d y c.

V2. Implicación entre V y V1.

F3. Conjunción entre d y - c.

F4. Conjunción entre V₂ y F3.

V5. Implicación entre F4 y V5. En esta columna se presenta una tautología, en la que se comprueba la validez formal del argumento. Si la conclusión es verdadera, las premisas también son verdaderas.

Hay quienes califican a los argumentos judiciales como silogismos. De hecho existen algunas tesis de Tribunales Colegiados que invocan esta noción, como la que se transcribe:

QUEJA POR EXCESO DE EJECUCION. PARA CONOCER SI LO HUBO O NO EN EL CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA DE AMPARO, EL EXAMEN DE AQUELLA DEBE HACERSE MEDIANTE UN SILOGISMO. Para saber si hay exceso o no, en el cumplimiento de una sentencia concesoria de amparo, debe realizarse un silogismo, en el cual la premisa mayor consistirá en los lineamientos señalados por la ejecutoria, en los que se precisan los efectos y alcances de la tutela constitucional; luego, la premisa menor será el quehacer judicial que en cumplimiento del fallo protector lleven a cabo las autoridades responsables, conforme a las pautas señaladas; y, finalmente, en base a ambas premisas deberá arribarse a una conclusión, en la medida propuesta en los agravios que el inconforme haga valer.¹⁹⁷

En lo que se refiere a los conceptos de violación o agravios que se esgrimen en los juicios de amparo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha

¹⁹⁷8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XIV, Septiembre de 1994, p. 410.

considerado que no es necesario que se externen a manera de silogismo; sin embargo sí es necesario que se planteen las razones de inconstitucionalidad. Es decir, que por lo menos sea factible inferir la conclusión de las premisas, como lo ilustra la jurisprudencia que se cita.

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO. El hecho de que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya establecido en su jurisprudencia que para que proceda el estudio de los conceptos de violación o de los agravios, basta con que en ellos se exprese la causa de pedir, obedece a la necesidad de precisar que aquéllos no necesariamente deben plantearse a manera de silogismo jurídico, o bien, bajo cierta redacción sacramental, pero ello de manera alguna implica que los quejosos o recurrentes se limiten a realizar meras afirmaciones sin sustento o fundamento, pues es obvio que a ellos corresponde (salvo en los supuestos legales de suplencia de la queja) exponer razonadamente por qué estiman inconstitucionales o ilegales los actos que reclaman o recurren. Lo anterior se corrobora con el criterio sustentado por este Alto Tribunal en el sentido de que resultan inoperantes aquellos argumentos que no atacan los fundamentos del acto o resolución que con ellos pretende combatirse.¹⁹⁸

Por consiguiente, no es preciso que en los planteamientos de las demandas o de los recursos, se formulen con estricto rigor lógico, pues en este aspecto hay cierta flexibilidad para atender lo auténticamente solicitado por quien ejerce la acción o por quien interpone algún recurso.

No obstante, es necesario puntualizar que todas las autoridades están obligadas a fundar y motivar sus determinaciones, pues así lo ordena el artículo 16 de la Constitución Federal, al señalar que: “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”; asimismo, es necesario que las resoluciones colmen los requisitos de congruencia y exhaustividad, que se deducen del contenido del artículo 17 constitucional, que en lo conducente señala:

¹⁹⁸ 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Diciembre de 2002, p. 61.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial

La exigencia de fundamentación, así como la obligación de atender de manera puntual todos los aspectos derivados de la litis, según los planteamientos esgrimidos por las partes, y no otros, orillan a las autoridades a cuidar no sólo el contenido de las razones en que justifiquen una decisión, sino la estructura formal de sus consideraciones. En mérito de ello, la lógica formal sí tiene una utilidad esencial y, si bien, es prolijo comprobar la validez de los argumentos con las tablas de verdad, es suficiente con cuidar la regla de que la conclusión tiene necesariamente que hacerse derivar de sus premisas, de modo que si éstas son verdaderas, también lo será la conclusión; esto con independencia de atender todas las disposiciones, que conforme a la ley, se deban satisfacer para colmar los requerimientos constitucionales y legales.

Cabe aclarar que la lógica proposicional si bien es útil para evaluar la validez formal de un argumento deductivo, no lo es completamente para los argumentos normativos dado que los valores de verdadero y falso, no aplican al contenido de las acciones normativas.

Por tal motivo, se ha desarrollado una lógica llamada lógica de las normas o lógica deóntica que parte de las reglas de la lógica proposicional complementándolas con los operadores prohibido, permitido y obligatorio.¹⁹⁹

6. Lógica deóntica

En 1938 del filósofo Danes Jorgen Jorgensen en su trabajo *Imperativos y lógica*, concibió una lógica del pensamiento jurídico a partir de las reglas de la lógica proposicional, pero la lógica Deóntica o lógica de las normas apareció en

¹⁹⁹ Op. Cit. Alarcón Cabrera, Carlos, *Lecciones de lógica jurídica*, “Por una parte se considera tradicionalmente que la lógica se rige por los valores verdadero y falso. Inferir lógicamente una proposición de otra significa que, si una de ellas es verdadera, la otra también lo es; y, sucesivamente, una secuencia de proposiciones forma un raciocinio lógico si todas ellas son verdaderas. Esta condición no se cumple en las proposiciones no descriptivas, y en particular en proposiciones prescriptivas como las normas jurídicas, que no pueden asumir el valor lógico “verdad”, que no son ni verdaderas ni falsas, por lo que no es posible construir razonamientos lógicos con ellas, no es posible que las inferencias lógicas contengan premisas que sean prescriptivas y por tanto no descriptivas” p. 33.

1951, con los de Georg, Henric Von Wrigt. *Deóntic Logic*. Aunque existen antecedentes en Bentham, Leibinz y Malli.

La lógica deóntica derivó de la observación de la lógica alética, cuyos conceptos modales son (posible, imposible y necesario); conceptos que analógicamente tienen correspondencia con los vinculados a las normas jurídicas: permitido, prohibido y obligatorio.

Posible se representa con la letra M.

Necesario se representa con la letra N.

Imposible se representa con la negación y la letra - M

En este caso, el valor de la proposición es posible M y necesario N se atribuye a una determinada acción; esta acción se puede representar, con las proposiciones p, q, r, s, t, etc.

De esta forma decir no es posible que no se rompa el cristal si se cae, equivale a sostener que es necesario que el cristal se rompa si se cae.

$-M-r \equiv Nr$

No es posible que robes, equivaldría a decir que es necesario que no robes.

$-Mb \equiv N-b$

Es posible que no te contagies, sería equivalente a decir que no es necesario que te contagies.

$M-g \equiv -Ng$

Es posible la perfección, sería equivalente a señalar que no es necesaria la no perfección.

$Mc \equiv -N-c$

En la lógica deóntica se debe sustituir las variables M y N de la lógica modal, por otras que se complementan al lenguaje jurídico tales como:

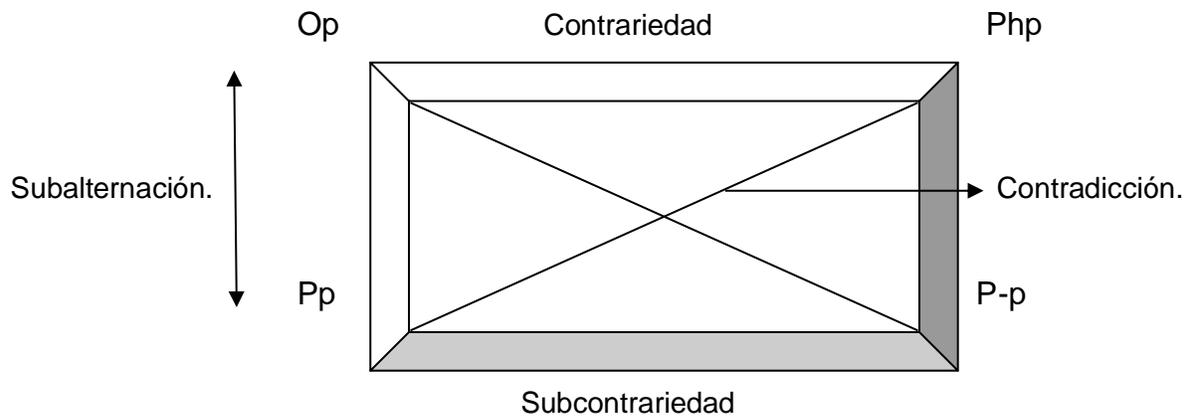
Obligatorio O

Permitido P

Prohibido PH.

Estas proposiciones deónticas deben aparecer con otras que representen una acción, por ejemplo, es obligatorio pagar impuestos, Om. Está permitida la libertad de expresión Ps; está prohibido discriminar Ph r.

En el cuadro siguiente se presentan las distintas relaciones posibles entre los operadores deónticos. En la parte superior se presenta una contrariedad; en la inferior una subcontrariedad, en las líneas verticales una subalternación y en las diagonales una contradicción.



La interdefinibilidad es una correspondencia de los operadores modales. Estas equivalencias serían las siguientes.

$$\text{Ph } p \equiv \neg Pp \equiv O\neg p$$

Prohibido p , equivaldría a decir que no es permitido p , o bien a que es obligatorio no p . En el lenguaje común se podría decir que está prohibido fumar; no es permitido fumar, es obligatorio no fumar. Otras equivalencias serían las siguientes:

$$\text{Ph}\neg p \equiv \neg P\neg p \equiv Op$$

$$\neg \text{Ph } p \equiv Pp \equiv \neg O\neg p$$

$$\neg \text{Ph}\neg p \equiv P\neg p \equiv \neg Op$$

Es posible comprobar la validez de un argumento traducido a lógica deóntica, según el caso que se ejemplifica sobre el ejercicio de un derecho de petición, que consagra el artículo 8º de la Constitución.

La Constitución en su artículo 8º, precisa los requisitos que se deben colmar para que las autoridades respeten el ejercicio del derecho de petición. Dicho numeral dispone lo que sigue:

Artículo 8. Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa;...

José Antonio Hernández presentó oportunamente una demanda de amparo en la que alegó que la Junta Número 8 de la Federal de Conciliación y Arbitraje, no había emitido el laudo del juicio laboral 200/2011, no obstante que presentó un escrito en el que se lo solicitó.

El escrito presentado, efectivamente hace la solicitud mencionada pero, se dirige a los integrantes de la junta de forma irrespetuosa, pues les dice que son unos buenos para nada, flojos, retardados, holgazanes, irresponsables e ineptos.

Para hacer una traducción a modalidades deónticas, se podría señalar que es obligatorio respetar el derecho de petición, siempre que se cumpla de modo obligatorio que esa petición se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa.

Las acciones representadas se traducirían de la siguiente forma:

t= respetarán.

s= escrito.

f= pacífica.

r= respetuosa.

La fórmula deóntica se puede expresar con un silogismo *modus tollens*. Se niega una de las proposiciones del consecuente. La premisa mayor tiene una implicación, en la que se señala que será obligatorio respetar el derecho de petición, si se ejerce de modo obligatorio, por escrito, de manera pacífica y respetuosa. En la premisa menor se indica que el derecho de petición se ejerció por escrito, de manera pacífica, pero no respetuosa. La conclusión será que no es obligatorio respetar ese derecho de petición.

$$O(t) \rightarrow O(s) \cdot O(f) \cdot O(r)$$
$$O(s) \cdot O(f) \cdot \neg O(r)$$

$$\neg O(t).$$

Existe una forma más simple de comprobar la validez del argumento anterior, que el empleo de las tablas de verdad; esto se puede verificar a través

de un cuadro de comprobación. En este cuadro se enumeran las proposiciones, y se comprueban conforme a las reglas de: eliminación de la conjunción; introducción a la conjunción; introducción a la negación; eliminación de la contradicción y otras formas de argumentos deductivos, *modus ponens*, *modus tollens*, silogismo hipotético o reducción al absurdo.

En este caso hay que tener en cuenta la regla de eliminación de la conjunción, que se representa de la siguiente forma:

Regla para la simplificación de la conjunción.²⁰⁰

| | |
|---|--|
| 1 | $O(s) \cdot O(f) \cdot -O(r)$ |
| | $-O(r)$ (simplificación de la conjunción en 1) |

Comprobación.

| | |
|---|---|
| 1 | $O(t) \rightarrow O(s) \cdot O(f) \cdot O(r)$ |
| 2 | $O(s) \cdot O(f) \cdot -O(r)$ |
| 3 | $-O(r)$ (ec. 2) |
| 4 | $O(t) \rightarrow O(r)$ (reit. 1, ec. 1). |
| 5 | $-O(r)$ (reit 3) |
| 6 | $-O(t)$ (<i>modus tollens</i> en 4-5) |

En los pasos 1 y 2, se tienen a las premisas o hipótesis del argumento y en el sexto paso se indica la conclusión; los pasos intermedios contienen el procedimiento de verificación formal.

En el primer paso, en una traducción al lenguaje ordinario, el enunciado diría que existe obligación de respetar el derecho de petición, sólo si el afectado²⁰¹ cumplió con las obligaciones de: hacer su petición por escrito; de forma pacífica y respetuosa.

²⁰⁰ Ver regla de simplificación, en principios lógicos, supra, p. 128.

²⁰¹ Véase. El afectado, aparece indicado el uso del término en el primer capítulo, en el punto 2 del capítulo 1, p. 26.

En el segundo paso, se tiene que el afectado cumplió con la obligación de hacer su petición por escrito; de manera pacífica; pero, no cumplió la obligación de que su petición sea respetuosa.

En el tercer paso se aplica una regla para eliminar la conjunción. Con esta regla se suprimen dos proposiciones, y sólo queda la correspondiente a que el afectado no cumplió con la obligación de que su petición sea respetuosa.

En el paso cuatro se reitera la implicación del paso uno, con la regla de la eliminación de la conjunción, para quedar una implicación, en la que el antecedente es la obligación de respetar el derecho de petición y el consecuente, es la obligación de que la petición sea respetuosa.

En el paso cinco, se reitera la proposición del paso tres, que dice que el afectado no cumplió con la obligación de que su petición sea respetuosa.

Finalmente, en el paso seis, se aplica un argumento *modus tollens*, entre la implicación cuatro con la proposición cinco, y se llega a la conclusión de que no es obligatorio respetar el derecho de petición.

7. Resumen

¿Se puede hablar de una lógica de los juristas? Es inapropiado presentar en un resumen una pregunta; sin embargo, precisamente es esa pregunta la que se puede contestar en este apartado.

Hay sin duda un conflicto anunciado por Hume entre el enunciado debe y el enunciado es. No puede derivarse una proposición prescriptiva de una descriptiva.

Sin embargo, la construcción de conceptos jurídicos y el mundo prescriptivo está constituido por signos. Se trata de ficciones lingüísticas que si bien, no tienen una correspondencia con la realidad, se integran a argumentos con los que nos comunicamos, como lo explica Scarpelli.

El procedimiento anterior, permite que los tribunales puedan desarrollar silogismos judiciales; en ellos, se debe considerar que no hay un paso de un enunciado prescriptivo a uno descriptivo, ni se trastoca la ley de Hume, porque en realidad, su estructura se debe valorar de forma independiente. La premisa normativa tiene un valor dado por el reconocimiento a las relaciones jurídicas

delimitadas por los enunciados normativos; en tanto que los hechos, se tienen por probados o no, conforme a procedimientos procesales encaminados a encontrar la verdad material, en la mayor medida posible.

Lo anterior se demuestra en un sistema normativo, en el que una proposición directiva deriva de otras proposiciones directivas con la estructura de normas de competencia en la que participan las proposiciones descriptivas. Este sistema se refiere al sistema normativo, en donde el significado de las normas, tiene repercusión en los hechos, como en la delimitación del significado “pena inusitada”. De su extensión depende que se considere a la prisión vitalicia como una pena inusitada o no y de ello depende, a su vez, que opere una proposición descriptiva, al definir si procede la extradición o no.

El participante al justificar una decisión, debe cuidar diversos aspectos relacionados con la justificación interna; es cierto que en ésta, la conclusión debe derivar de las premisas; esta derivación en una sentencia, se traduce en cuidar que se colmen los principios de congruencia y exhaustividad.

En la inducción, que se verifica a partir de la suma de proposiciones, como en la prueba indiciaria, no hay una relación necesaria entre el antecedente, (el hecho que se pretende probar) y el consecuente, (el resultado de la actividad probatoria), pues las limitaciones epistemológicas sólo pueden conducir a una verosimilitud, o resultado probable.

Sobre esta base, se pueden presentar distintos tipos de silogismos judiciales, unos de carácter inductivo; otros, deductivo, con las formas *modus ponens*, *modus tollens*, silogismo hipotético, reducción al absurdo, disyunción, conjunción, negación y a ello se le suman los principios de identidad, no contradicción y tercero excluido.

De modo más preciso, se puede formular una lógica de los juristas mediante el uso de cuantificadores y operadores modales deónticos: obligatorio; prohibido, permitido; con ellos, se puede plantear un argumento deductivo en proposiciones y con ellas, analizar si el argumento satisface una construcción válida cuando la conclusión se hace derivar de las premisas; esto se puede demostrar a partir de las tablas de verdad o con una comprobación simplificada.

La lógica deóntica, puede fijar distintas proposiciones, en el marco de un sistema normativo en una relación de equivalencias, conocida como interdefinibilidad.

En el ejemplo sobre el ejercicio de un derecho de petición, en donde el afectado, no planteó su petición de manera respetuosa, se llega a la conclusión de que no es obligatorio respetar su derecho de petición; esto, se traduce en proposiciones deónticas, a través de un argumento *modus tollens*.

CAPÍTULO 3. EL PARTICIPANTE Y LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA.

1. La razón en la antigüedad. 2. El logos griego. 3. La retórica. 3.1. La Tópica. 4. Racionalismo-irracionalismo. 5. La ciencia de las emociones. 5.1. La amígdala, un codificador biológico. 5.2. La corteza cingulada anterior y corteza prefrontal. 6. La intuición en el razonamiento judicial. 7. Las virtudes judiciales. 8. Resumen

*Sólo le pido a Dios
que lo injusto no me sea indiferente...
León Gieco*

1. La razón en la antigüedad

Según se señaló en el primer capítulo los casos difíciles D, requieren de una justificación externa para la interpretación de las normas o para la prueba de los hechos.

Se precisó que la decisión D, es racional porque es previsible que P argumentara a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema DV de S o S1, o el problema DH, conforme a los criterios de interpretación de V de S o S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV o DH, es próxima a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.

Por el contrario, se dijo que la decisión D, es arbitraria porque es imprevisible que P argumentara a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema DV de S o S1, o el problema DH, conforme a los criterios de interpretación de V de S o S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV o DH, es lejana a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.

En este apartado interesa la actividad del participante en el proceso de justificación externa y primordialmente en el razonamiento que le lleva a

determinar el significado que debe dar a las proposiciones de su justificación. Esta razón, analiza el ámbito subjetivo del participante, con especial referencia a las emociones.

Para profundizar en este tema, se debe partir de algunos aspectos filosóficos y de otros que tienen que ver con el razonamiento que, propiamente se constituye a través de cálculos o valoraciones; lo primero, el aspecto filosófico, se desarrollará a partir de la distinción entre las corrientes racionalistas e irracionalistas; lo último en lo que ve al proceso neurológico que tiene lugar en la toma de decisiones y la importancia que tienen los sentimientos en el proceso del razonamiento.

El racionalismo es una corriente filosófica que se remonta a la antigüedad. Popper destaca un acontecimiento singular de esos tiempos, la tradición de la discusión crítica; respecto de ella, resalta el papel de Jenófanes y Tales de Mileto.
202

Comúnmente los maestros enseñaban a sus alumnos la misma doctrina con sólo ligeras variantes que se transmitían de generación a generación. A esta categoría pertenecía la escuela de Pitágoras. Esta tradición propició que Hipaso de Metaponto fuera encontrado muerto al haberse opuesto a aceptar la racionalidad de ciertas raíces cuadradas.²⁰³

Sin embargo, Jenófanes profesaba una enseñanza especulativa, pues consideraba que vendrían otros maestros con mejores conocimientos que lo superarían; con ello creía que la argumentación entre maestros y alumnos haría cambiar las ideas con un rumbo distinto al de la aceptación de los dogmas o verdades inmutables.

El mismo autor atribuye a Tales de Mileto la fundación de una nueva forma de libertad de pensamiento, basada en el hecho de que Anaximandro, su alumno, criticó la doctrina de su maestro, el fundador de la escuela Jónica, uno de los siete sabios, sin que las fuentes informen de alguna hostilidad entre ellos, causada por las opiniones de Anaximandro.

²⁰² Popper, K.R, *Escritos Selectos*, ed. Fondo de Cultura Económica, Miller David, Comp., 2ª reimpresión, México, 2006, pp. 26 a 28.

²⁰³ ídem.

Popper señala: “*Me gusta pensar que Tales fue el primer maestro que dijo a sus discípulos: Así es como yo veo las cosas; como creo que son las cosas. Traten de mejorar lo que les enseñé*”²⁰⁴.

El replanteamiento de las ideas, llevó a la modificación de la enseñanza, con lo que se buscaba encontrar nuevas alternativas que superarán a las precedentes; el racionalismo es precisamente esta corriente que buscó, a partir del permanente cuestionamiento, encontrar nuevos hallazgos en el conocimiento.

El pensamiento crítico requiere de una contrastación de significados y de la posibilidad de proponer respuestas alternativas a los problemas que se puedan presentar.

2. El logos griego.

Según Óscar Correas, es equivocado entender al *logos* como razón, en su opinión sería tanto como definir “perro” diciendo que es un *dog*, señala que razón y *logos*, son lo mismo pero para entender correctamente el significado de *logos*, hay que remitirse a las fuentes griegas, principalmente a Aristóteles, Parménides y Heráclito; según la idea general, el *logos* sería el orden del universo.

Para Aristóteles *logos* sería el discurso o lo dicho; y, en este discurso sólo se podría decir algo verdadero cuando se colmen las reglas de la lógica o propiamente de la ciencia.²⁰⁵

Hyland Drew, considera que Parménides, hijo de Pyres, discípulo de Jenófanes, es el padre del racionalismo. Parménides decía que debemos confiar en nuestro razonamiento a pesar de que con ello debemos desentendernos de lo que reporten nuestros sentidos.²⁰⁶

Hacia el 475 a.C. en Elea, Italia o en el 500 a.C., según el historiador Diógenes Laercio, Parménides visitó Atenas y ejerció una importante influencia en Platón²⁰⁷.

²⁰⁴ ídem.

²⁰⁵ Correas Óscar, *Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*, ed. Coyoacán. México 2009, pp. 16 y 17.

²⁰⁶ Hyland, Drew A. *Los orígenes de la filosofía en el mito y los presocráticos*, ed. El Ateneo, Buenos Aires 1975, pp. 123 a 127.

²⁰⁷ *Ibídem*, p. 132

Se conserva un poema de un joven que va por un camino en búsqueda de la verdad, atraviesa por la puerta que custodia la justicia y entiende que en el camino a la verdad, deben conocer los valores implícitos en la justicia.²⁰⁸ Dicho poema se cuenta en dos partes, la primera el camino a la verdad; la otra el camino de la opinión.

En el camino a la verdad, aborda el tema del ser: *nada es o será excepto el ser sin movimiento*. El no ser es el camino de la opinión o de la apariencia, por tanto, es el camino que los mortales han concebido con cambio, *llegar a ser, parecer, ser y no ser, cambio de posición o alteración de color*.²⁰⁹

En otras palabras, el ser es una proposición tautológica, lo que es, es; lo que no es, no es; es decir, la distinción entre lo que es y lo que no es hace la diferencia entre el camino de la verdad y el de la opinión.²¹⁰ Por tanto, la verdad, tiene una concepción estática, no cambia, ni es apariencia; la opinión, es lo contrario.²¹¹

Heráclito, nacido en Éfeso en la segunda mitad del siglo VI a.C. centró su pensamiento en que la idea de λόγος, puede identificarse con un orden universal que domina todos los aspectos del propio universo en una secuencia de distintas realidades en permanente lucha y movimiento:

A pesar de que la razón existe desde siempre y para siempre, nacen los hombres incapaces de comprenderla antes de oírla y después de haberla oído. A pesar de haber sido hecho todo según esta razón, se parecen a inexpertos, que con palabras y obras semejantes a las mías tantean ellos mientras yo explico ampliamente con divisiones y sentencias cuál es la naturaleza de cada una de las cosas. Que los

²⁰⁸ *Ibíd.* Con este transitar por un camino, se asigna al filósofo la idea de un buscador de la verdad, no la de un sabio; los caballos son un símbolo del erotismo, entendido como un deseo por superar la incompletud o una aspiración ferviente por colmar la ausencia o el vacío de verdad, por caminar de la oscuridad a la luz. Las doncellas persuaden a la justicia para que abra las puertas del camino, pues el conocimiento de la verdad, no puede desconocer su valor y la intervención divina viene a puntualizar que el encuentro de la verdad no es algo que el hombre pueda lograr por su sola voluntad, pp. 123 a 127.

²⁰⁹ *Ibíd.*, pp. 133 y 134.

²¹⁰ En lógica esta proposición corresponde con el principio de identidad, no contradicción y tercero excluido, ver subtema 4.1. Principios lógicos, del capítulo anterior, p 125.

²¹¹ Robles Sotomayor, María Elodia, *Caos y derecho en problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, comp., ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, "Esta percepción armoniosa de la construcción del pensamiento arriba al modelo estático perfecto, el cual contiene la verdad en sí, como único camino para llegar al conocimiento, originándose diversas líneas interpretativas de lo científico que guardan similitud en el modo de predicarlo. Cambiarán los métodos, sin embargo, su discurso es el mismo; la unidad como principio de identidad con la afirmación de que ésta lo contiene todo, óptica que conduce a la construcción de modelos dogmáticos", p. 598.

demás hombres no se dan cuenta de cuánto hacen despiertos, como olvidan cuanto hacen dormidos. Por lo cual es menester seguir esta razón común. Más, aunque pertenece a todos, viven los más cual si tuvieran razón por cuenta propia.²¹²

Heráclito, advierte que los hombres tienen limitaciones para entender la razón, por lo que el λόγος debe considerarse como el pensamiento humano en permanente movimiento.²¹³

La idea del λόγος, es contrapuesta en Parménides y en Heráclito, dado que el primero asume que el ser es una verdad única, estática, finita, enmarcada en una esfera; mientras Heráclito considera que todo fluye de manera constante.

No obstante, Parménides también sostiene que los hombres tenemos limitaciones para conocer la verdad y por tanto, nos quedamos en la apariencia o en la opinión (doxa), en tanto que Heráclito también dice que hay una razón única común a todos, que sin embargo, parece que los hombres tuvieran la suya propia.

Independientemente de la contraposición en idea de λόγος, (si la verdad fluye o no, si es estática o dinámica) lo cierto es que hay correspondencia en que existe una verdad o razón única, común a todos y en que, por otra parte, existe una apariencia u opinión, lo que hace posible considerar que Heráclito y Parménides coincidirían en diferenciar lo que es **doxa**, que sería el camino de la apariencia, del movimiento, del constante fluir; y lo que es **endoxa**, que sería la verdadera opinión, inmutable, única y finita.

A partir de los planteamientos de la antigüedad, sobre el entendimiento del *logos*, habría que afinar el concepto propuesto de razón, pues en la selección de la norma q, o bien en la demostración de los hechos H, se pueden emplear argumentos doxa para las normas (que siempre resultarán opinables)²¹⁴ y doxa y en algunos casos, endoxa para los hechos, pues la valoración de algunas pruebas, por un lado, está sujeta a una aproximación aceptable, mas no absoluta

²¹² Montes de Oca, Francisco, *La filosofía en sus fuentes*, ed. Porrúa, México 1992, p. 19.

²¹³ Op.cit. Robles Sotomayor, *Caos y derecho en problemas contemporáneos de la filosofía del derecho* “Todo lo que existe está en proceso de cambio y, de la tensión de la lucha de los contrarios, se produce una serie de actos de justicia, colocando por primera vez a la justicia en el centro de la reflexión como el principio que garantiza la legalidad del cosmos”... p. 599.

²¹⁴ Aristóteles, *Retórica*, ed. Gredos, Madrid 1999, “resulta así manifiesto, que de las (proposiciones) de que hablan los entimemas, algunas son necesarias, pero la mayor parte sólo frecuentes; y, asimismo, que los entimemas se dicen de *probabilidades* y de *signos*, de modo que es necesario que cada una de estas dos clases de cosas se corresponda con un tipo de entimema,...” pp. 184-185.

sobre su correspondencia con la realidad pero, por otra parte, en otros casos, las pruebas podrían llevar a tener por demostrados algunos hechos con toda certeza (basta tener en cuenta que se pueden ofrecer pruebas científicas, respaldadas por opiniones de expertos para demostrar algún hecho relevante); de manera que en estos enunciados se fundará la racionalidad de la justificación, según colmen las expectativas de A o de O, reconocidas como válidas en S o S1.

La racionalidad desde el enfoque endoxa podría conducir al camino de la inteligencia artificial, o de los sistemas basados en el procesamiento de símbolos o algoritmos codificados en formas de programas, que proporcionan una respuesta vinculada a la información que se procesa, como las calculadoras o los programas de juegos de ajedrez.²¹⁵

No nos debe sorprender que en un futuro cercano las computadoras puedan desarrollar una inteligencia basada en un juego de proposiciones *doxa*, en cuestiones relacionadas con interpretaciones o ponderación de valores; sin embargo, para que esto sea posible se requiere que las computadoras puedan incorporar a los procesos de razonamiento el reconocimiento de las emociones, lo que ya es objeto de investigación en los trabajos vinculados al proyecto: *computadoras que sienten*,²¹⁶ entre otros, como los de David Diamond en la revista Wired 2003; Tim Bickmore²¹⁷; Rosalinda Picard,²¹⁸ profesora del Instituto Tecnológico de Massachusetts, ésta última consideró la investigación del neurólogo Antonio Damasio, llamado el error de Descartes.

En esta idea imaginaria sobre los avances en las supercomputadoras, podríamos suponer que quizá un programa informático podría llegar a decidir a

²¹⁵ Aguilera García, Edgar Ramón, *Inteligencia artificial aplicada al derecho*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007. El autor señala como antecedentes de estos sistemas la máquina abstracta de Alan Turing, la ENIAC, durante la Segunda Guerra Mundial para hacer cálculos de trayectorias balísticas; en los años cuarenta la computadora basada en una lógica digital de John Von Neumann, la creación de software para juegos de ajedrez de Shanon y Turing, esto en los años cincuenta, en los sesenta con McCarthy los métodos algorítmicos y en 1963 Minsky, Newel y Simón lograron avances con la demostración de teoremas, p. 36.

²¹⁶ <http://aitopics.net/Emotion> (diciembre 2012)

²¹⁷ http://www.youtube.com/watch?v=lcb_rMhJQTI (diciembre 2012)

²¹⁸ http://www.revista.unam.mx/vol.7/num3/art19/mar_art19.pdf (diciembre 2012)

quién asignar la custodia de un menor en el caso de un divorcio, entre personas del mismo sexo, conforme al principio del interés superior.²¹⁹

Por lo pronto tal razonamiento sólo es posible mediante los complejos procesos del cerebro humano, que implican valoraciones y cálculos, acompañados de sentimientos y proyecciones hipotéticas y críticas.

3. La Retórica

Hay distintas vías para construir una teoría con un lenguaje doxa, un lenguaje conformado por opiniones; estas alternativas se conformarían por los distintos enfoques de la argumentación jurídica que, en algún segmento ha puesto la mirada en la retórica.

La retórica tiene amplios antecedentes que se remontan a la antigüedad con Aristóteles, Marco Tulio Cicerón, Marco Fabio Quintiliano, y que luego tiene en la edad media a representantes como San Agustín y San Jerónimo. En tanto que en el siglo XVIII hay otros autores como David Hume, Diderot, Condillac, hasta la nueva retórica de Theodor Viehweg y Perelman.²²⁰

Aristóteles en la *retórica* hizo una distinción entre la vieja y la nueva retórica. Dijo que no pertenecían a alguna ciencia determinada, pero ambas se esforzaban por encontrar un argumento con el cual defenderse o acusar. La retórica por tanto, debía considerarse como un arte, en el que participa la dialéctica, considerada como un movimiento de réplica. No obstante, la vieja retórica no había atinado en destacar la importancia de los entimemas, que son el cuerpo de la persuasión, ni había separado las cosas específicas de la retórica, que eran ajenas a las pasiones, que si bien habrían de considerarse, ello sólo debía entenderse de forma accesoria o complementaria.²²¹

²¹⁹ La supercomputadora tendría que aplicar la jurisprudencia, 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; p. 872 y además tendría que hacer una serie de razonamientos que le llevaran a decidir cuál podría ser la mejor alternativa que tendría el menor, para gozar de los cuidados que le permitan desarrollarse y llevar una buena vida.

²²⁰ Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004. El autor se remite a su vez a Hernández, José Antonio y María del Carmen García, pp. 26 y 27.

²²¹ Op, Cit. Aristóteles, *La retórica*, pp. 170-177

Sobre la retórica judicial, Aristóteles señala que versa sobre casos presentes y determinados que se ven inmersos en pasiones que oscurecen el conocimiento de la verdad; el juez debe emplear la retórica para encontrar la verdad y la justicia y entender que la retórica emplea pruebas para persuadir, que esas pruebas son entimemas o silogismos, de modo que el que mejor pueda entender a partir de qué y cómo se formula un silogismo, ese será experto en entimemas. Estos entimemas (doxa) son diferentes de los silogismos lógicos (endoxa) pues se aproximan al discurso científico, que es propio de la docencia y ajeno a la retórica, y requiere pruebas por persuasión y razonamientos que se valgan de lugares comunes; el experto, si bien debe ser capaz de persuadir de cosas contrarias, no debe persuadir de lo malo, y tiene que identificar cuando se emplean injustamente argumentos y cómo refutarlos.

En suma, el estagirita considera que la retórica es un arte para usar la palabra a partir de silogismos y pruebas por persuasión o la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer. Las pruebas por persuasión son propias del arte y ajenas al arte; las ajenas son aquellas que ya existían, sólo las utilizamos, como los testigos, las confesiones, los documentos y otras semejantes. Las pruebas propias del arte, se deben inventar y hay tres tipos: las del talante de quien habla, que se refieren a las cualidades personales, como la honradez que hacen creíble su discurso; las que predisponen al oyente, que se vinculan con la disposición de quien ama u odia, de quien está alegre o triste y las que versan sobre lo que se demuestra o lo que se debe demostrar según se estime convincente.²²²

El libro II de la Retórica, explora los elementos subjetivos de la persuasión, señala que las pasiones causan que los hombres sean volubles y cambien sus juicios, según se dispongan al pesar o al placer y se explora la ira; la calma; el amor; el odio; el temor; la confianza; el miedo; la vergüenza; la desvergüenza; el favor; la compasión; la indignación; la envidia; la emulación; las pasiones y su

²²² Ídem.

relación con la juventud; la vejez; la edad madura; la fortuna; la riqueza; el poder y la buena suerte.²²³

3.1. La Tópica

En el año de 1953 Theodor Viehweg publicó un libro llamado *Topik und Jurisprudenz*, que pugnaba por reivindicar el modo de pensar tópico o retórico. Este libro surgió con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando se planteaban una serie de acontecimientos que trajeron a la discusión temas como el método jurídico, a la par de otros vinculados al modo de pensar tópico y su relación con la lógica, esto último con la publicación del libro *Deontic Logic* de George H. Von Wright en 1951 y con la publicación de Edgar H. Levi *an introduction to legal reasoning* del mismo año que guarda un gran parecido con las ideas de Viehweg.²²⁴

Viehweg se remite a un trabajo de Vicco de comienzos del siglo XVIII en el que proponía examinar una cosa desde ángulos diferentes; el punto de partida se funda en lo verosímil, en el sentido común y se desarrolla la argumentación a través de largas deducciones en cadena, no a partir de silogismos, ajustándose a la tópica, que era una disciplina que formaba parte de la retórica que tuvo gran importancia en la antigüedad y en la edad media.²²⁵

En la antigüedad, La tópica, de Aristóteles, formaba parte del Órganon, se caracterizaba por el empleo de argumentos dialécticos, que se fundan en lo verosímil o en lo opinable, no en lo verdadero; para Cicerón, La tópica se centra en la formulación y aplicación de tópicos, es decir de lugares comunes, puntos de vista que gozan de una aceptación generalizada.²²⁶

En la edad media, el modo de pensar tópico se contraponía al modo de pensar sistemático-deductivo derivado de la geometría de Euclides. El modo de

²²³ *Ibidem* pp. 307- 470.

²²⁴ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003, p 29.

²²⁵ *Ibidem*, p. 32.

²²⁶ *Ibidem*, p. 33.

pensar tópico cayó en desuso con motivo de la irrupción del método matemático-cartesiano.²²⁷

La tópica para Viehweg tiene tres características: es desde el punto de vista de su objeto, una técnica del pensamiento problemático; desde el punto de vista instrumental opera a partir de la noción de topos o lugar común; y desde el punto de vista del tipo de actividad es una búsqueda y examen de las premisas. Por otro lado, señalaba que el estilo de la enseñanza del *mos italicus* se basaba en la discusión de problemas aduciendo argumentos a favor y en contra de sus posibles soluciones. Además, consideraba que era inviable dotar de carácter científico a la técnica jurídica pues para hacerlo habría que axiomatizar al derecho y prohibir interpretar sus normas; en cambio, sería posible conservar su carácter tópico y preservar la constante búsqueda de lo justo.²²⁸

Sobre Aristóteles Viehweg retoma La tópica, en cuanto al viejo arte de disputar, derivado de los diálogos entre Platón y Sócrates y distingue entre los argumentos apodícticos, de los dialécticos; aquellos se basan en lo verdadero; en tanto que los dialécticos se basan en lo meramente opinable. En este sentido lo dialéctico deriva del sentido de la disputa.²²⁹

Con respecto a la Retórica, Viehweg, expone:

El curso de estas reflexiones es aproximadamente el siguiente: si fundamentar es necesariamente argumentar y contraargumentar, entonces es una actividad que sólo es posible si se *satisfacen determinados deberes de comunicación*. La perspectiva retórica conduce, pues, a la cuestión acerca del comportamiento recíprocamente correcto de los hablantes. El discurso fundante —así podría decirse— significa formular aseveraciones que están sometidas a un deber de defensa (*officium defensionis*) y que sólo se mantienen cuando pueden satisfacer este deber de derensa.²³⁰

4. Racionalismo- irracionalismo

Desde el punto de vista filosófico, en la antigüedad, con la concepción del *logos*, se fijó un orden entre la razón y las pasiones según el cual una y otras,

²²⁷ Ibídem, p. 35.

²²⁸ Ibídem, p.35.

²²⁹ Idem.

²³⁰ Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, ed. Gedisa, Barcelona 1997, p. 169.

debían mantener su sitio; mientras más apartado, mejor; esto, porque los sentimientos y las pasiones, se rigen por meros instintos, por acciones que nos acercan a las bases de la conservación o de la sobrevivencia, en tanto que la razón, liberada de las pasiones, nos adentra en lo sublime, en lo espiritual.²³¹

En este contexto, la capacidad que tenían los hombres de controlar la *mentis*, el *timos* (la cólera) los dividía en categorías distintas.²³²

La irracionalidad, vinculada con la corriente filosófica del irracionalismo, según Manuel Suances Marcos y Alicia Villar Ezcurra, se puede ubicar desde dos puntos de vista: como una característica del ser humano o de la realidad.

Conforme a las características del ser humano, los irracionalistas, desconfían de una razón abstracta, ya que es incapaz de entender la complejidad del ser humano; por tanto, admiten todas las posibilidades cognoscitivas como los sentimientos, la fe, las pasiones, que *posibilitan el acceso a aquello que la razón niega*. Esta es la posición de R. Müller- Freienfels, compartida por Meister Eckhart, Pascal, Rousseau, Jacobi, Schleiermacher, Schelling o Bergson.²³³

En cuanto a la realidad, no sólo lo real es racional porque también hay una realidad superior; la fe, según Kierkegaard, la voluntad como lo apunta Schopenhauer o la vida que señala Nietzsche y Unamuno; este último, sostiene que lo real es irracional, como lo afectivo, derivado de la suma preocupación de lo que será cada uno después de su muerte.²³⁴

En cambio, los racionalistas como Descartes, Leibniz y Spinoza, asumían que lo afectivo era una parte de lo intelectual percibida en forma confusa; Descartes, en sus *Meditaciones Metafísicas* proponía un método de control

²³¹ Op. Cit. Suances Marcos, Manuel; Villar Ezcurra, Alicia *El Irracionalismo*, Vol. I. “Durante mucho tiempo, la cultura griega fue presentada como modelo de “racionalismo” perfecto. La exposición del origen de la filosofía como el paso del mito al logos, llevó a dibujar una visión excesivamente maniquea que los análisis de Nietzsche y Burckhardt pusieron en cuestión. La crítica, que se remota a Winckelmann, no conocía más que un aspecto del arte griego, el de Apolo, dios de la medida, del conocimiento, del dominio de sí, al que corresponde una contemplación impasible en medio de un mundo de sufrimientos. A la contemplación apolínea, Nietzsche contrapuso el carácter dionisíaco e irracional, la visión terrible de las cosas, el conocimiento de la unidad de la voluntad que, de acuerdo con Schopenhauer, estaba también presente en muchos aspectos de la cultura clásica. Después, M. Conford y E.R. Dodds abundaron en el humus, en el substrato del irracionalismo que penetró la cultura griega”, p. 30.

²³² *Ibidem*. p. 20.

²³³ *Ibidem*. p. 15.

²³⁴ *Ibidem*. p. 20.

racional de las pasiones; Leibniz señalaba que nuestras pasiones nos hacen esclavos; en tanto que Spinoza sostenía “*una afección, que es una pasión, cesa de ser pasión tan pronto como nos formamos de ella una idea clara y distinta.*”²³⁵

Después del siglo XVIII, las pasiones, deseos o sentimientos, dejaron de estar en contraposición con la razón; el mundo se entiende impulsado por la voluntad de vivir, por la imaginación, por la intuición, por el corazón o la nobleza de carácter, siguiendo a Pascal, “*El hombre es ángel y bestia al tiempo, y quien quiera sólo ser ángel, acabará siendo bestia.*”²³⁶

Pascal, empleaba la expresión *esprit de finesse* (de difícil traducción), que empleaba para referirse a la sensibilidad para comprender los problemas humanos, a diferencia del espíritu geométrico.²³⁷

En esta posición se pueden incluir además a Rousseau, Voltaire y Hume; este último filósofo sostenía que la razón no podría aprobar o desaprobado cuestiones de moralidad, pues esto debía discernirse con los sentimientos.²³⁸

Es innegable que en la racionalidad influyen la intuición, los sentimientos, la percepción, la sensación de que un hecho es indignante o bien, la compasión que surge frente a quien ha sido objeto de una injusticia; esta idea no es una cuestión novedosa²³⁹, ya desde la antigüedad lo había apuntado Aristóteles y esta idea se

²³⁵ *Ibidem.* p. 21

²³⁶ *Ibidem.* p.92

²³⁷ *Ídem.*

²³⁸ Hume, David: *Enquiries concerning human understanding and concerning the principles of morals*, ed. Oxford: Clarendon Pr., 1902, La razón juzga o bien cuestiones concernientes a hechos o a relaciones. Investiga primero entonces, en dónde está la cuestión de los hechos llamada crimen; determina el momento de su existencia; describe su esencia o naturaleza; explica el sentido o facultad a la cual se deja descubrir. Viene de la mente de una persona mal agradecida, entonces este individuo así lo debe sentir y ser consciente de ello, pero puede no haber nada, excepto hostilidad o indiferencia. No puedes decir que esto en todas las circunstancias son crímenes. No: Sólo son crímenes cuando son dirigidos hacia las personas que previamente han expresado buena voluntad hacia nosotros. Consecuentemente podemos inferir que la ingratitud no es un hecho particular, debe incluirse con otras circunstancias que al ser presentadas al espectador provocan un sentimiento y necesidad de culpar, según la particular apreciación de su mente. [trad. MMM], pp.324-325.

²³⁹ Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, México, ed. Taurus, 2010. Sobre el papel de los sentimientos, el autor señala: “Al celebrar la razón, en efecto, no existe fundamento suficiente para negar el amplio papel de la psicología instintiva y las respuestas espontáneas. Ellas se complementan, y en muchos casos una comprensión de la función de ampliación y liberación de nuestros sentimientos puede construir un buen tema para el razonamiento mismo”. Refiere a la tradición de los ilustrados y menciona a Adam Smith, Hume, Diderot y Kant. Sobre Hume señala: “Para Hume, la pasión parece ser a veces más poderosa que la razón”. En tanto que Smith señalaba: “lo justo y lo injusto no puede ser objeto de la razón, sino de los sentidos y de los sentimientos”, p. 79.

ha reiterado por otros autores de la Ilustración como Hume, Diderot o Kant; incluso, Adam Smith también se ocupó de estudiar ese problema, en su *Teoría de los sentimientos morales*.²⁴⁰

En el razonamiento que lleva al participante a seleccionar la norma q o a definir cuáles hechos quedan probados y cuáles no, no sólo cuenta el pensamiento racional, distante de los sentimientos; estos más bien, se integran al razonamiento pues sin ellos, simplemente no se podrían hacer valoraciones o juicios de ponderación, en donde es preciso afinar o delimitar del modo más preciso posible, a partir de la interpretación, cuál es el derecho válido que debe operar en una justificación en los casos difíciles.

La intuición es un mecanismo que refuerza a la racionalidad de las decisiones, no sólo para que sean previsibles desde su justificación interna y externa al colmar las expectativas de un sistema normativo en la visión del observador o del afectado, sino porque la previsibilidad en la justificación externa, conforma un principio que se satisface en grados según su mayor o menor peso y este ejercicio de medir el alcance o las consecuencias de la decisión adoptada por el participante, quizá no de modo expreso, pero sí de modo implícito, tiene que develarse para comprender, en qué medida la razón es sólo un juego endoxa ausente de sentimientos o bien, en qué medida estos resultan decisivos y la opinión validada para decidir por la norma q o por el hecho x, tienen un importante contenido intrínseco, en los sentimientos.

5. La ciencia de las emociones.

Las emociones son impulsos para actuar. La raíz de la palabra emoción viene del latín “mover hacia”, de donde se sigue que hay una tendencia para efectuar una actividad.²⁴¹

²⁴⁰ Smith, Adam, *La teoría de los sentimientos morales*, ed. Alianza, Madrid, 2011, “No puede haber un motivo correcto para dañar a nuestro prójimo, no puede haber una incitación a hacer mal a otro que los seres humanos puedan asumir, excepto la justa indignación por el daño que otro nos haya hecho. El perturbar su felicidad sólo porque obstruye el camino hacia la nuestra, el quitarle lo que es realmente útil para él meramente porque puede ser tanto o más útil para nosotros, o dejarse dominar así a expensas de los demás por la referencia natural que por cada persona tiene por su propia felicidad antes que por la de otros, es algo que ningún espectador imparcial podrá admitir...”, p. 177.

Cada emoción prepara al cuerpo para determinada situación:

El coraje o la ira ocasionan que la sangre fluya hacia las manos, aumenta el ritmo cardíaco y se genera adrenalina.

En la felicidad se aumenta la actividad central del cerebro, se inhiben los sentimientos negativos y aumenta la energía.

El amor, los sentimientos de ternura o la satisfacción sexual, actúan sobre el parasimpático, ocasionando un relajamiento, un estado de calma.

La sorpresa, entra más luz a la retina para facilitar el flujo de nueva información, sobre la acción a emprender.

En el disgusto, se presentan cambios como hipertensión, insomnio, estreñimiento o angustia, y esta emoción provoca otras emociones como la ira, el odio, la aversión o la violencia.

La tristeza disminuye la producción de endorfinas necesarias para el sistema inmunológico.²⁴²

Una emoción es la combinación de una evaluación mental simple o compleja que genera respuestas que influyen en cambios que se presentan en diversas partes del cuerpo y del cerebro. Un sentimiento es la sensación de experimentar una emoción.²⁴³

Con respecto a la idea de Descartes de desvincular a la razón de las emociones el neurólogo, Antonio Damasio, en el libro *Descartes'Error*, expone de manera exhaustiva, los fundamentos científicos que participan en el razonamiento en el cerebro humano; sostiene que las emociones juegan un papel esencial para el razonamiento. Sus opiniones las sustenta en estudios clínicos de doce pacientes que sufrieron algún tipo de daño en el lóbulo frontal del cerebro.

Narra el caso de Elliot, un paciente de treinta años de edad, que padeció de un tumor cerebral; cuando lo detectaron tenía el tamaño de una naranja, fue creciendo en la parte central media, arriba de las fosas nasales, precisamente en el plano de la parte superior de las cuencas oculares; conforme el tumor creció fue

²⁴¹ Baena Paz, Guillermina. *Cómo desarrollar la inteligencia emocional infantil*: Guía para padres y maestros, ed. Trillas, México, 2004, p. 34

²⁴² Ídem.

²⁴³ *Ibidem.* pp. 129-139.

oprimiendo los dos lóbulos frontales hacia arriba. Se le practicó una cirugía para extirpar el tumor y junto con ello se debió extirpar parte del tejido dañado del lóbulo frontal. En cuanto a sus facultades quedaron intactos el movimiento, el lenguaje y gran parte de sus facultades mentales, pero cuando regresó a su empleo fue incapaz de sujetarse a un horario, de ordenar la importancia de sus actividades, de clasificar la naturaleza de los documentos; podía leer y entender perfectamente su contenido, pero no sabía categorizarlo y realizaba actividades en extremo detalladas, pero carecían de importancia. Su entorno familiar y social se derrumbó, no obstante que sus facultades mentales, se encontraron intactas. De hecho algunos exámenes revelaron que su coeficiente intelectual, rebasaba el promedio y le hicieron una variedad de pruebas vinculadas con su memoria, incluso con su personalidad de las que resultó con índices en el parámetro considerado como normal, pero su capacidad de tomar decisiones y de aprender de sus errores quedó anulada. La resonancia magnética y las tomografías computarizadas revelaron que había un daño en los lóbulos frontales derecho e izquierdo, mayormente en la parte derecha.

Antonio Damasio advirtió después de varias pruebas, que su diagnóstico había sido orientado desde una perspectiva equivocada. Se había olvidado de considerar las emociones, por lo que en principio, le solicitó a Elliot que narrara su trágica historia; cuando lo hizo, parecía que fuera alguien ajeno a esos sucesos, siempre permaneció en calma, sin sufrir algún tipo de alteración somática. Damasio intentó hacer otra serie de exámenes orientados a la misma área, mediante la estimulación de las emociones; proyectó imágenes de fuerte contenido emotivo, como terremotos, casas en llamas, gente lesionada por inundaciones o a punto de ahogarse y encontró que Elliot era incapaz de percibir alguna emoción, positiva o negativa.

También hizo experimentos con otras personas que tenían daño cerebral en el lóbulo frontal, reunió a un grupo de individuos con estas características y a otros sin ese daño cerebral y les mostró imágenes fuertes, con escenas que debían causar una reacción en la piel; los primeros, no mostraron ninguna alteración; los otros, presentaron una reacción normal; éste y otros experimentos le llevaron a

ese científico a concluir que las emociones participan en el proceso racional del cerebro humano.²⁴⁴

Damasio llegó a la conclusión de que el proceso de razonamiento requiere en primer lugar, de información; de conocimiento sobre personas, cosas, situaciones o aspectos vinculados al mundo externo y de estrategias involucradas con esos hechos; estas estrategias requieren de la participación de cálculos, alternativas, predicciones sobre el uso de las diferentes opciones o bien, la ordenación de expectativas dentro de una escala de valores.

En segundo término explicó, que es necesario el proceso de las emociones y sentimientos; éstas se integran a la maquinaria neuronal y sirven para regular sistemas de control o de homeostasis, unidades e instintos.

En tercer lugar, el cerebro reproduce imágenes para crear una amplia banda de conocimientos; estas imágenes no sólo son visuales, pueden ser auditivas, olfativas, o táctiles y surgen de distintos sitios del cerebro.

Finalmente, se requiere de la intervención de una memoria capaz de preservar las imágenes reproducidas de forma simultánea, por lo menos por más de varios segundos, necesarios para traducir todo a lenguaje.

En este proceso de razonamiento, la formación de imágenes tiene un papel singular, pues el razonamiento se construye de imágenes del pasado y del presente; estas imágenes son compartidas por otros seres humanos, de una forma muy semejante, porque son producidas por los mismos sistemas de información que luego se expresa a partir del lenguaje; por eso, se puede traer de la memoria la imagen de alguna artista, de algún edificio o algún evento emblemático, que puede ser identificado fácilmente por varias personas.²⁴⁵

²⁴⁴ Damasio, Antonio, *Descartes Error, Emotion, Reason, and The Human Brain.*, ed. Penguin Book, U.S.A., 2005. Hicimos un experimento para comparar a individuos con daño en el lóbulo frontal e individuos normales, asegurándonos que fueran de la misma edad y nivel educativo. A los sujetos se les presentaron proyecciones de imágenes en una silla confortable y con un polígrafo sin decir ni hacer nada. Muchas proyecciones eran de imágenes banales, pero intercaladas, había otras imágenes perturbadoras. En el experimento se presentaron cientos de esas imágenes. A los sujetos se les indicó que debían estar atentos para que posteriormente se les cuestionara acerca de lo que vieron y cómo se sintieron. Los resultados fueron precisos. Los individuos sin daño en el lóbulo frontal presentaron reacciones en la piel con las imágenes perturbadoras; los otros no generaron reacción en la piel. [trad. MMM], p. 209.

²⁴⁵ Ídem.

No obstante, la semejanza de las imágenes, puede derivar en una marcada diferencia cuando falla alguno de los sistemas sensoriales, por ejemplo, la vista, el olfato u otro, o bien, cuando se presenta alguna falla en el sistema de comunicación de las emociones en el cerebro. Damasio explica que la máquina del razonamiento, en el cerebro, se comunica con la parte vieja, que se ubica en la parte baja del cerebro y con otra parte que es la neocorteza, se ubica en la parte superficial y es la más nueva; en otras palabras, las emociones y los sentimientos que se generan en la sub-corteza construyen un puente con la corteza a partir del cual es posible el razonamiento.²⁴⁶

Ahora, se deben diferenciar las emociones primarias de las secundarias, a las primeras el nombrado científico las denomina también emociones tempranas y a las segundas, emociones adultas.²⁴⁷

Las emociones primarias o tempranas surgen mediante un estímulo externo, como por ejemplo, cuando algún animal asecha contra la seguridad de alguna persona; esta situación activa una señal de la amígdala, que a su vez genera respuestas internas en el sistema endocrino, creando cambios en la presión sanguínea, en las vísceras o en el sistema muscular. La sensación de una emoción con un determinado evento, establece una conexión por la cual el sujeto se hace consciente de que si se da el supuesto que genera la emoción, eso puede derivar en una situación peligrosa y dará lugar a emprender una acción cautelosa.

El circuito de las emociones se integra por el sistema límbico, con la amígdala y la corteza cingular anterior. Hay estudios sobre la amígdala y su relación con las emociones. Se ha encontrado que la cirugía del lóbulo frontal, donde se encuentra la amígdala, ha ocasionado daños que han provocado que los pacientes sufran de indiferencia al afecto y otra serie de padecimientos vinculados con la falta de asimilación de las emociones.

Las emociones secundarias se generan con motivo de las experiencias que se van creando en el tiempo, así se pueden presentar situaciones emotivas como la muerte de un ser querido o el encuentro con una persona amada. Si esta

²⁴⁶ Ídem.

²⁴⁷ Ídem.

persona amada apareciera después de un largo tiempo de ausencia, se esperarían reacciones corporales, como aumento en el ritmo cardíaco, expresiones de alegría en el rostro o cambios en el tono de la piel. Si la noticia fuera sobre el fallecimiento de alguien querido, igualmente se producirían reacciones corporales, que se manifestarían en el corazón, en la expresión facial, en la sequedad de la boca, o en el tono de la piel. Estos cambios en el organismo son producidos por una función cognitiva vinculada con las situaciones particulares, la muerte de alguien querido o el encuentro con una persona especial. Las consideraciones sobre la circunstancia generan imágenes mentales en las que se hacen reflexiones sobre la persona, la situación que se presentó, el tipo de relación, o cualquier otra. Una parte de la corteza prefrontal realiza operaciones que se producen a un nivel subconsciente, en las que se relacionan las imágenes con otras almacenadas sobre experiencias vividas, luego de confrontarse, se envía una señal a la amígdala y a la corteza cingular anterior que afecta o produce alguna alteración en las vísceras; corazón; esqueleto, músculos, expresiones, postura, y también hay alteraciones en el sistema endocrino.

Ignacio Morgado retoma los estudios realizados por Antonio Damasio para insistir en sus mismos puntos de vista. Se remite al caso de Elliot y subraya que las personas que tuvieron un daño en la corteza prefrontal conservaron sus habilidades motoras, perceptivas, lingüísticas, cociente general de inteligencia en memoria y atención, pero a pesar de todo, razonan mal. Se equivocan en la toma de decisiones de todo tipo: personales, sociales, financieras o cualquier otro. La falla deriva, como lo señala Damasio, de su incapacidad de generar o anticipar emociones. Deliberan con una racionalidad ausente de sentimientos y terminan decidiendo al azar.²⁴⁸

Morgado señala que experimentos con ratas han demostrado que la corteza cingulada anterior participa en el proceso de toma de decisiones; 94% de las neuronas de la corteza cingulada se activaban para elegir la opción de mayor costo, mayor beneficio y se ajustaba cuando se aumentaba el costo, sin variar el beneficio. También menciona otros experimentos que se han realizado en el

²⁴⁸ Morgado, Ignacio. *Emociones e Inteligencia Social*, ed. Ariel, Barcelona 2010, pp. 110-111.

instituto Max Planck alemán, en donde se obtuvieron neuro-imágenes funcionales de resonancia magnética que han revelado que las situaciones de conflicto emocional aumentan la conectividad entre la corteza cingulada anterior y la amígdala con lo que se crea un puente entre lo emocional y lo racional en la toma de decisiones.²⁴⁹

5.1.La amígdala un codificador biológico.

Ignacio Morgado explica que cuando nos enfrentamos a una situación injusta, la amígdala nos ayuda a anticipar lo que nos conviene y lo que no, según la generación de una emoción negativa o positiva. Esta emoción se envía al cerebro racional prefrontal para que responda de la forma conveniente. Una investigación reciente de Cambridge en el Reino Unido, ha mostrado que, frente a una situación injusta, la serotonina podría estar implicada en la reacción frente a la injusticia. Se implementó un juego llamado “juego de ultimátum”, conforme al cual un proponente y un receptor deben negociar el reparto de una ganancia o perderlo todo. La serotonina está vinculada con la agresividad, mientras haya niveles más bajos de serotonina más inclinación se presenta hacia la agresividad. En el experimento disminuyeron la cantidad de serotonina y esto ocasionó un mayor rechazo a la injusticia (bajos niveles de serotonina, mayor agresividad frente a la injusticia) pues el participante y el receptor rechazaban con mayor frecuencia las distintas ofertas.²⁵⁰

Otros estudios sobre la amígdala han encontrado que gracias a ella, las personas pueden ser más prudentes. Se hizo un análisis con mujeres de 23 y 43 años con daño en la amígdala, se les pidió que hicieran apuestas y se encontró que sin una amígdala sana, no podían anticipar el resultado de una mala apuesta. La amígdala lleva las emociones a la corteza prefrontal, al área encargada del razonamiento, y con esas emociones se procesa la información, es donde se realizan las funciones ejecutivas.²⁵¹

²⁴⁹ Ídem.

²⁵⁰ Ibídem, pp. 112-113.

²⁵¹ Ibídem,…”siendo la amígdala la estructura encargada de llevar a la corteza prefrontal, es decir, al razonamiento, las emociones positivas o negativas que permiten tomar decisiones, parece lógico que, sin una

A la pregunta de si las emociones se corresponden con los valores morales, Ignacio Morgado, responde que se debe admitir, al menos que la mayoría sí lo hace como los valores que se enlazan con sentimientos como la honestidad, la generosidad, la solidaridad, o el altruismo. La construcción de los valores morales, depende de una parte emocional y de otra racional; la primera depende de la amígdala, del hipotálamo; en tanto que la parte racional es una cuestión derivada de la corteza prefrontal cingulada. A lo largo de la vida, los individuos van construyendo valores para guiar su conducta, estos valores son transmitidos a través de los distintos sistemas sociales en los que se desenvuelve la vida, los padres, los maestros, los medios de comunicación, la comunidad religiosa, o los sistemas normativos. Estos valores son registrados para producir algún tipo de emoción que permita evaluar anticipadamente el rumbo que deberá tomar un resultado, por eso, una decisión podrá anticiparse como justa o injusta y en este proceso, la amígdala, junto con la corteza, conforman una participación conjunta en el razonamiento.²⁵²

5.2. La corteza cingulada anterior y la corteza prefrontal

La corteza cingulada anterior realiza la función que tiene un árbitro. Se trata de un sitio en el que evalúan los conflictos que se pueden presentar entre la corteza prefrontal y las respuestas emocionales de la amígdala. Ante la presencia de algún error cuando se detecta una incongruencia en algún estado mental de la persona, se conecta con el sistema motor para generar en el curso del problema algún cambio; este cambio se da en el momento en que surge la participación de

amígdala normal, dichas mujeres tuvieron dificultad para generar el estado emocional y los sentimientos negativos que suscitan la imaginación anticipada de perder mucho dinero. Es por ello, que como ha dicho Ralph Adolphs, una amígdala normal nos hace más cautos, es decir, más prudentes y menos propensos a tomar decisiones que no nos favorecen. Nos puede hacer también, como ya dijimos, más justos, como cuando el sentido de culpabilidad nos impide ser egoístas. p. 115.

²⁵² *Ibidem*. “Resulta crítico, como procedimiento, que el instructor, en nuestro caso el padre, recurra a experiencias emocionales anteriores del instruido, en nuestro caso el niño, pues de ese modo resulta mucho más fácil inducir una emoción negativa y crear en él un sentimiento de culpabilidad que se opone a la conducta violenta. Una vez establecida esa asociación en su mente, en el futuro y ante una circunstancia equivalente o parecida el niño podrá experimentar el mismo sentimiento, lo que determinará su conducta probablemente del mismo modo en que la situación original. Así, a lo largo de su vida el individuo construye el sistema de valores que guía su conducta. Por supuesto, los contenidos o valores específicos que cada individuo establece dependen de quien le instruye y los promueve, es decir, de la sociedad en que vive, de sus educadores y, especialmente, de su particular inmersión en el seno de un ambiente y familia.”, p.138.

la corteza cingulada, es decir, tiene lugar en el curso del evento y en ese momento se hacen los ajustes necesarios; en cambio, la corteza orbitofrontal se relaciona con acciones que deban emprenderse en el futuro.

Ignacio Morgado explica que un grupo de científicos norteamericanos y brasileños llegaron a la conclusión de que la concepción moral, o el conocimiento de lo que se considera bueno o malo, justo o injusto, quedan representados en las regiones prefrontales y temporales de la corteza cerebral.

Sin embargo, estas representaciones morales no se pueden conformar si no participan las emociones. En los trabajos de Damasio se encontró que una niña de quince meses de edad y un niño de tres meses sufrieron daños en la corteza prefrontal; ambos se recuperaron pero presentaron conductas personales y sociales anormales en edades tempranas y luego a la edad de veinte años. Resultó que eran incapaces de tomar decisiones adecuadas para el futuro y presentaron una ausencia de moralidad, eran insensibles a las convenciones sociales o a las normas morales.²⁵³

Con relación a las lesiones cerebrales, Ignacio Morgado explica:

Mediante estudios de neuroimágenes se ha comprobado que, efectivamente, las regiones cerebrales implicadas en la cognición y conducta moral son la corteza prefrontal, especialmente la orbitofrontal y la dorsolateral, además de la corteza temporal, la amígdala, el hipotálamo y otras estructuras relacionadas. Otros estudios han mostrado que cuando la gente juzga dilemas morales se activan muchas de las áreas emocionales del cerebro que también lo hacen cuando la gente está triste, atemorizada o enfadada. Muchas de estas regiones están bien conectadas funcionalmente y podrían formar una red de circuitos cerebrales racionales y emocionales que etiquetan automáticamente eventos sociales con valores morales.

Se ha comprobado además, que las lesiones de la corteza frontal, especialmente ventromediales, originan deficiencias en la generación de emociones sociales como orgullo, vergüenza, remordimiento o culpabilidad. Los individuos con personalidad antisocial (sociópatas) o con trastornos graves de la misma (psicópatas) presentan anomalías tanto de forma como de funcionamiento en alguna de esas regiones de la corteza cerebral.²⁵⁴

²⁵³ *Ibidem*, pp. 132- 137.

²⁵⁴ *Ídem*.

Morgado, se pregunta: ¿a qué viene tanta emoción y tanto sentimiento?, ¿Por qué las personas no podemos deliberar según un sistema puramente racional que evalúe costos y beneficios como lo haría, por ejemplo un ordenador? La respuesta a estas interrogantes se contesta con la opinión de Matteo Mameli, quien explica que la capacidad racional en la evolución del cerebro a lo largo de millones de años, como las que surgieron del seno materno, se construyeron sobre capacidades emocionales; primero es la emoción y luego, la razón.²⁵⁵

6. La intuición en el razonamiento judicial

Un caso difícil, D, debe ser resuelto a partir de una justificación que involucra un razonamiento complejo. No es posible, asumir que este razonamiento, se debe entender en el sentido de una posición racionalista, en la que los sentimientos no importen; por el contrario, se debe adoptar una visión irracionalista, en la que los significados se construyan a partir de un proceso que involucra la intervención de factores neurológicos en el circuito de las emociones: el sistema límbico; la amígdala, la corteza cingulada anterior y prefrontal.

Cualquier razonamiento involucra emociones; por tanto, si P debe elegir a la norma q y determinar la prueba del hecho H, y esas soluciones deben acercarse a las expectativas fijadas en las consecuencias de esas decisiones, reconocidas por A y O, entonces, las emociones no pueden escapar a su razonamiento, particularmente cuando los signos que emplea, corresponden a enunciados prescriptivos, que contienen valores y ameritan una ordenación. Lo propio ocurre con los hechos probados, al ser una reconstrucción de hechos pasados, sujeta a un margen de verosimilitud.

El derecho se ha conformado originariamente en los sentimientos, en una reacción contra la arbitrariedad, contra el abuso del poder o, la injusticia en sus distintas modalidades; esto se ha logrado de distintas maneras, desde las más cruentas luchas sociales que han tenido que arrebatar por la fuerza, el poder de decidir el derecho, hasta las reformas legislativas, que se han consolidado por

²⁵⁵ *Ibíd.*, p 126.

medios democráticos para salvaguardar el reconocimiento de las prerrogativas que garantizan la dignidad de la persona.²⁵⁶

Como quiera que haya sido el medio empleado para que una norma se integre al derecho positivo (la violencia en rebeliones o la democracia ,con el poder reformador) resulta innegable que los derechos encierran un antecedente originado en los sentimientos o en una voluntad, que es la expresión que ha conducido a fijar límites al poder público a través del derecho y tales sentimientos que originariamente constituyeron un acto de voluntad, llegan a quedar inscritos en la expresión de una norma constitucional, que se lee como principio jurídico.²⁵⁷

El acto legislativo que crea una norma, puede tener su origen en un acto de voluntad, como lo apuntó Kelsen, pero según este jurista, se debe separar a la norma del acto que la crea pues la existencia de la norma no tiene porqué ocuparse de demostrar la existencia de un fenómeno psicológico, ya que la validez de una norma depende de otra norma y no de un hecho; para Kelsen la existencia de una norma, sólo puede considerarse a partir de que el parlamento aprobó su vigencia y si se llegara a cuestionar la validez de la constitución, habría que remitirse a su vez, a una norma hipotética que autorizó a los padres fundadores a emitir la norma fundamental de un ordenamiento jurídico.²⁵⁸

En otras palabras detrás de la constitución no hay alguna fuente que pueda validar, ni a la Constitución, ni a la ley ni a la costumbre, Kelsen señala:

El jurista no puede escoger entre aceptar o rechazar una ley establecida por el legislador en base a su juicio sobre lo justo o lo injusto. La ley vigente que decide el científico es la que ha decidido el legislador, tanto si concuerda con su ideal de justicia personal como si no. Lo único que puede hacer es examinar si estas normas creadas por el órgano legislativo se ajustan o no a las normas positivas de la constitución, y a partir de este

²⁵⁶ Véase, capítulo 1, los ejemplos sobre leyes arbitrarias; prácticas procedimentales inhumanas en la edad media; los tratos desiguales; castigos crueles y el esclavismo, p. 16.

²⁵⁷ Véase, capítulo 5, subcapítulo 2, sobre el Fundamento de los Derechos Humanos, p 266.

²⁵⁸ Kelsen, Hans. ¿Qué es justicia?, ed. Ariel, Barcelona 2001, “ La norma y el acto que la crea son dos entidades que deben separarse claramente...Una norma legal, que debe su existencia a una decisión parlamentaria, empieza a existir cuando la decisión ya ha sido tomada y cuando ya no existe voluntad alguna, si suponemos que la decisión es la expresión de una voluntad”...”Sin embargo, ésta es una norma que no ha sido creada por ningún acto, ni humano ni suprahumano, sino que sólo ha sido supuesta por la mente humana. Si nos negamos a aceptar una explicación metafísica de la autoridad de los creadores de la constitución, no podemos sobrepasar la norma que hemos presentado como norma fundamental hipotética”, pp. 131-143.

examen puede afirmar un hecho, pero no un juicio de valor subjetivo.²⁵⁹

No obstante, pese a que Kelsen pone cuidado en debatir que el juicio de validez de una norma, sólo puede evaluarse a partir de otra norma y de que por tanto, habría que construir una de carácter hipotético para no remitirse a un hecho, como lo sería el acto de voluntad que impulsó a su creación, en realidad, es precisamente este hecho psicológico el que aquí interesa, pues sobrevive a la creación del texto constitucional, al reafirmarse en una norma, que es el producto residual de esa voluntad originaria.

Carla Huerta, explica el proceso de creación de la constitución, a partir de la distinción entre el poder constituyente y el poder constituido; sobre el primero señala que su existencia se concreta a la elaboración del texto constitucional pues tan pronto como entra en vigor la constitución, desaparece el poder constituyente e inicia el poder constituido; este poder, se encuentra limitado por la constitución, aquél no puede ser regulado por algún límite normativo, porque se encuentra en una situación que se puede ubicar intrasistemas, un sistema termina y otro empieza.²⁶⁰

Lo relevante es el valor inscrito en la norma, pues éste es el que conforma el centro de imputación de la racionalidad y su propio límite.

Aguiló Regla, con relación a la fuente de las normas, explica que realmente no hay gran diferencia entre valores jurídicos, bienes jurídicos o principios jurídicos y por tanto, todos los principios y reglas jurídicas pueden ser el resultado de un balance o ponderación de los valores que se perfilan a proteger.²⁶¹

Con relación a la teoría general de las fuentes del derecho, Joseph Aguiló Regla considera que las reglas y los principios, son todos normas regulativas que deben concebirse como directivas de la conducta, en sentido estricto, y a la vez, como valorativas de esa conducta, bien sea justificándola o criticándola.²⁶²

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 273.

²⁶⁰ Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, Cuestiones Relevantes*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, p. 25.

²⁶¹ Aguiló Regla, Joseph, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, ed. Ariel, Barcelona 2000, pp. 140-143.

²⁶² *Ídem*.

En resumen, Aguiló Regla, con respecto a los valores jurídicos o a los bienes jurídicos, hace las siguientes consideraciones:

1. Por valores jurídicos hay que entender ciertos estados de cosas que el Derecho reconoce como valiosos y que, en consecuencia, merecen ser protegidos y/o promocionados, esto es, bienes jurídicos. Las expresiones “valores jurídicos” y “bienes jurídicos” son sinónimas: decir que la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad, etc., son valores jurídicos quiere decir que el orden jurídico los considera bienes que debe proteger y/o promocionar.
2. Todas las normas regulativas (ya sean principios o reglas) están orientadas hacia la protección y/o promoción de bienes jurídicos. Por ello, nos suministran no sólo una guía de la conducta, sino también un criterio para su valoración.
3. No hay gran diferencia entre valores jurídicos (bienes jurídicos) y principios jurídicos. No hay gran diferencia entre proclamar que la igualdad ante la ley es un valor o bien jurídico y prohibir discriminar (proteger la igualdad ante la ley).
4. Si se acepta todo lo anterior, parece que debe aceptarse también que todas las reglas jurídicas pueden ser vistas como el resultado o el producto de un determinado balance o ponderación de valores y/o principios jurídicos para el caso genérico que tratan de regular.
5. Si todas las normas regulativas presentan un aspecto directivo (de guía de la conducta) y un aspecto valorativo (de justificación de la conducta) entonces, a efectos analíticos, la que hemos llamado dimensión regulativa del Derecho puede ser descompuesta (analizada) en otras dos: la dimensión directiva y la dimensión valorativa.²⁶³

Como quiera que sea, frente a esta distinción, se encuentra que cada norma regulativa, desarrolla una concepción de valores en el sentido de que éstos son anteriores a las normas, y en cierto sentido, independientes de ellas; por tanto, las normas se convierten en instrumentos protectores de esos valores.

La pregunta que surge de estas cuestiones se centra en el participante; si un acto legislativo emanó de una voluntad general, del sentimiento mayoritario, de un hecho social o político, ¿será posible que el participante se valga de este conocimiento, para encontrar la solución al problema sobre el derecho válido que habrá de guiar su decisión?

²⁶³ Ídem.

A estas alturas el escrupuloso afán científico de querer encontrar en el derecho un razonamiento puro, ajeno a los valores morales o a las influencias políticas, ha menguado su anhelo originario y en realidad, la teoría constitucional ha ampliado el poder de los jueces, para explorar las normas regulativas, valores, bienes jurídicos o principios, extraídos de la constitución, para fijar sus alcances.

Ronald Dworkin plantea reservas a la premisa mayoritaria; estima que si bien se parte de la idea de que esta premisa es una expresión de la voluntad general hecha ley; en realidad, en algunas ocasiones esa voluntad es producto de instituciones o circunstancias políticas, que desvían el sentido democrático y en realidad no son representativas de una voluntad mayoritaria, y en estos casos las cortes constitucionales deben enmendar esos defectos, para que las leyes no se desvíen de los principios constitucionales y sobre estas bases, la lectura de la constitución, se conforma en una lectura moral en la que los jueces tienen la autoridad de hacer una interpretación final pues incluso, la creación inicial de la constitución, es un misterio.²⁶⁴

No es extraño que desde el Digesto, aparezcan disposiciones encaminadas a interpretar la ley, más allá de su simple lectura. Así, según lo explicó Ever Bronchorst en la Ley LVI, de Gayo, libro 3, de los legados al Edicto Urbano, se decía:

*En los casos dudosos, debe preferirse siempre lo que fuere más benigno.*²⁶⁵

La voluntad, las emociones, los sentimientos, también son producto del razonamiento; conforman un esquema de valores integrado por la desaprobación

²⁶⁴ Dworkin, Ronald, *La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria*, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 7, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México Diciembre 2002. Dworkin dice: “Es demasiado tarde para que la vieja y cobarde historia de que los jueces no son responsables ni competentes para hacer argumentos como éste, o que es indemocrático que ellos lo hagan, o que su trabajo es aplicar el derecho, no especular acerca de la moralidad. Esa vieja historia también es filosofía, pero es mala filosofía. Apela a conceptos –de derecho y democracia– que no comienza a entender” ...”La Constitución es el barco moral, y debemos mantener la valentía de la convicción que la llena, la convicción de que todos podemos ser ciudadanos iguales de una república moral. Esa es una fe noble, y solamente el optimismo puede redimirla”, pp. 51.-52.

²⁶⁵ Bronchorst, Ever, *Explicaciones del Jurisconsulto Ever Bronchorst al Título del Digesto, de diversas reglas del Derecho Antiguo.*, Facsimilar, 2002, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación. (La primera edición de este texto, data de 1868). En la explicación, el autor señala: “Entendemos aquí por más benigno, aquello que favorece al deudor o que hace más suave y llevadera la condición del reo; de modo que queden obligados en lo menos que sea posible... Este principio tiene aplicación tanto en las causas penales como en las civiles porque las leyes tienden siempre a la mansedumbre y a la clemencia más bien que a la severidad y al rigor,” p. 253.

generalizada a una condición identificada, que por sus características genera un código negativo, que hace predecible la conveniencia de su rechazo en un sistema constitucional.

Los problemas derivados de la ambigüedad del lenguaje; la existencia de lagunas o antinomias podrían resolverse a través de la identificación de la voluntad del legislador, conforme a una interpretación teleológica o psicológica que desentrañe, el sentir o la intención que tuvo el legislador al expedir la norma.

Esta solución no representaría mayor complejidad pues los trabajos legislativos podrían arrojar la respuesta al problema de interpretación planteado.

Sin embargo, en ocasiones esa voluntad o ese sentir general, no se hace explícito, no es claro o incluso no podría asumirse que se trata propiamente de una voluntad general y esto abre un espacio a la discrecionalidad en la decisión del participante pues resulta inevitable hacer una valoración, máxime cuando el ordenamiento jurídico, contiene términos o expresiones valorativas, como la moral, el honor, la igualdad, la libertad, las buenas costumbres o incluso cuando no necesariamente se plantean estos conceptos, sino cuando hay necesidad de fijar los límites de algún concepto, como podría ser por ejemplo, si el matrimonio también puede considerarse entre personas del mismo sexo.²⁶⁶

Victoria Iturralde, explica que estas razones valorativas, en sentido fuerte, se refieren a una decisión que involucra una apreciación positiva o negativa sobre un determinado objeto, ya sea natural, cultural, que se refiera a una cosa o a una entidad lingüística, pero que se expresa con predicados como bueno, correcto, justo, etc.²⁶⁷

En esta idea sobre la valoración fuerte de conceptos implícitos en el derecho, podría quedar, por ejemplo, el artículo 190 del Código Penal del Estado de Tamaulipas que dice lo siguiente:

ARTÍCULO 190.- Comete delito en los términos de este capítulo:
I.- El que fabrique, reproduzca, publique libros, escritos, imágenes u objetos obscenos o de los llamados pornográficos, o al que los exponga, distribuya o haga circular;

²⁶⁶ Op. Cit. Iturralde Sesma, Victoria, p. 364.

²⁶⁷ Ibídem, pp. 363-365.

- II.- El que publique por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones obscenas o de las llamadas pornográficas, y
- III.- El que de modo escandaloso invite a otro al comercio carnal.

En las fracciones I y II se describen como parte de los elementos de la descripción típica, el concepto de obscenidad; en la fracción III se señala el modo escandaloso como medio comisivo de la conducta.

En los supuestos anteriores, es necesario que se delimiten los conceptos de obscenidad y el modo escandaloso, como elementos de la conducta, lo que implica claramente un razonamiento codificado en el proceso de razonamiento, a partir de imágenes y emociones y cálculos sobre las consecuencias que derivarían de esas imágenes, en las distintas posiciones del afectado y del observador.²⁶⁸

¿Frente a imágenes de desnudez, dónde termina el arte y empieza la pornografía?; o bien, ¿cuán desnudo siquiera debe estar un cuerpo, para que ello lo haga obsceno?; ¿es simple definir lo pornográfico de lo que no es pornográfico?, ¿cómo lo distinguimos?; ¿qué nos permite diferenciar una cosa de la otra?

Las emociones en la decisión judicial, juegan un papel esencial, en muchos casos, de forma consciente o inconsciente el resultado de una sentencia se define por la intuición.

Juan Hessen explica que el conocimiento intuitivo surge de lo más profundo de la estructura psíquica del hombre; del pensamiento, sentimiento y voluntad y en este orden habrá una intuición racional; emocional y volitiva. Así, los valores morales pueden conocerse de una manera discursiva, racional, pero también de modo emocional. En sus palabras, señala:

En la esfera teórica, la intuición no puede pretender ser un medio de conocimiento autónomo, con los mismos derechos que el conocimiento racional-discursivo. La razón tiene en este terreno la

²⁶⁸ Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del Delito*, ed. STRAF, México 2006. En realidad los elementos aludidos en el artículo citado del Código Penal del Estado de Tamaulipas se refieren a elementos de carácter normativo. Sobre estos el mencionado autor, señala: “En efecto, existen tipos penales que establecen expresamente elementos normativos, pero para determinar cuál es el radio de prohibición de la norma y establecer si un hecho puede o no subsumirse en el tipo (juicio de tipicidad) se requiere de una serie de valoraciones normativas indispensables para realizar esa tarea”, p. 90

última palabra. Toda la intuición ha de legitimarse ante el tribunal de la razón (...) Pero la cosa es distinta en la esfera práctica. La intuición tiene en ésta una significación autónoma. Como seres que sentimos y queremos, la intuición es para nosotros el verdadero órgano de conocimiento.²⁶⁹

Aristóteles en la *Ética Nicomaquea* destaca la importancia de la razón y la divide en virtudes intelectuales y en virtudes morales; las primeras se refieren a la sabiduría, la comprensión y la inteligencia práctica; en tanto que las segundas, a la generosidad y a la templanza; éstas somos capaces de recibirlas naturalmente y luego, de perfeccionarlas con la costumbre, así nos hacemos justos realizando acciones justas y valientes. En las acciones de peligro nos acostumbramos a ser cobardes o valientes; en los apetitos y en la ira, a unos la costumbre los hace templados y justos y a otros, intemperantes o irascibles, por eso no es igual habituarse a una cosa o a la otra.²⁷⁰

El Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica William J. Brennan, retirado desde el año de 1990, es considerado como una pieza importante en la transformación de ese país; él señalaba con referencia al caso *Goldberg vs Kelly*, que el progreso de la ley dependía de un diálogo entre la cabeza y el corazón; que no hay manera de entender la complejidad humana o el significado de un derecho como libertad si no se permitía, la suma de la experiencia, el razonamiento y la pasión.²⁷¹

²⁶⁹ Cfr. Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, *Metodología Jurídica*, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, México, ed. Oxford, 2001, pp. 82 y 83, en el texto se cita a Juan Hessen, en *Teoría del Conocimiento*, 7ª ed. Trad. José Gaos, ed. Porrúa, México, 1994, pp.51-52.

²⁷⁰ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, ed. Alianza, Madrid 2003, pp. 73 a 77.

²⁷¹ Cfr. Schwartz, Bernard. *et al*, *How Justice Brennan Changed America*, ed. W.W. Norton & Company, New York, London, 1997, by The Brennan Center of Justice at NYU School of Law. El caso *Goldberg* contra *Kelly* se considera, en principio, que los derechos al emplazamiento y a la audiencia, sólo pueden conferirse para los supuestos en los que las acciones administrativas atenten contra los derechos de propiedad, no para aquellos casos en los que el Estado confiere un privilegio; ese concepto se empleaba para los beneficiarios de los programas de bienestar social y por tanto carecían de los beneficios del derecho de audiencia, no obstante Brennan consideró que no se le podía dar a esa prestación social, el carácter de un privilegio, más bien debía considerarse como un derecho que tendría que tutelarse al amparo de la garantía de audiencia: En la concepción de Brennan “el progreso del derecho depende de un diálogo entre el corazón y la cabeza” [trad. MMM]. Sus resoluciones se basan en el importante papel que tiene la pasión antes que la razón. Por pasión quiero decir una variedad de emociones y respuestas intuitivas que corresponden a una serie de hechos y argumentos; respuestas que frecuentemente se apresuran en nuestra conciencia anticipándose a los tajantes silogismos de la razón. “Se trata de respuestas del corazón más que de la cabeza.”, [trad. MMM] Como lo resume Brennan: “Sólo permaneciendo abiertos a las súplicas de la razón y la pasión, de la lógica y la experiencia, puede un juez llegar a entender el complejo significado humano de un rico término tal como

Las mismas opiniones se encuentran entre quienes hacen de la impartición de justicia su labor cotidiana. De algún modo, particularmente en la solución de casos difíciles el sistema jurídico abre los caminos de la interpretación y permite con ello penetrar en los enunciados normativos, en esas situaciones quedan al descubierto los bienes, principios o valores que se asimilan, más que por la mera razón abstracta, por la intuición, por los sentimientos que se acercan a los valores que se pretenden salvaguardar.

Richard A. Posner, juez del séptimo circuito de las cortes de apelaciones de Estados Unidos de Norteamérica, en su libro: *Cómo piensan los jueces*, explica que las reacciones emocionales no necesariamente deben descartarse como ilegítimas o malas para las decisiones judiciales. Las emociones, por el contrario, son una manifestación del pensamiento que puede desencadenar un razonamiento analítico. Todo dependerá del tipo de emoción, si ésta es, por ejemplo de enojo, disgusto o felicidad derivará en una mayor certeza; en cambio, si se trata de emociones como la incertidumbre, esperanza, sorpresa, miedo o preocupación tendrán un efecto desalentador por su incertidumbre y podrán apuntar hacia un método analítico.²⁷²

Posner añade que el proceso de intuición juega un importante papel en el trabajo judicial. Se trata de una respuesta inmediata, como la que da un soldado o incluso un comerciante, sin ponderar exhaustivamente las ventajas o desventajas de sus resultados. También, la intuición, se vincula con la idea de hacer juicios correctos, derivados de la experiencia acumulada que permite hacer accesible grandes fuentes de información almacenadas en el subconsciente. Esta alternativa puede emplearse cuando se presentan una diversidad de factores que dificultarían arribar a una decisión analítica y en aquellos casos, en los que queda abierta la discrecionalidad, aunque también se puede emplear en los casos ordinarios. Los

“libertad”, y sólo con tal entendimiento pueden las cortes lograr su responsabilidad constitucional de proteger ese valor”, pp. 39-40.

²⁷² Op. Cit. Posner, Richard A. *How Judges Think*, Es importante señalar que la dificultad de explicar a la intuición deriva del hecho de que ésta pertenece al contexto del descubrimiento, en tanto que la motivación de las decisiones, corresponde al contexto de la justificación, pp. 106 - 111.

jueces de mayor experiencia tendrán mayor confianza para dar una respuesta intuitiva.²⁷³

Posner señala que si bien, la intuición tiene la desventaja de que puede hacer difícil la tarea de motivar el sentido de la resolución, esto no impide que se puedan dar razones para justificar paso a paso su resultado.²⁷⁴

El Ministro en retiro, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Guillermo Ortiz Mayagoitia en ocasión de un discurso en honor al Ministro jubilado, Juan Díaz Romero, se refirió a la profunda vocación judicial de éste, de la forma siguiente:

Desde su incorporación profesional, don Juan fue consciente del honor con que había sido distinguido y trazó con prudencia y energía la ruta que durante todo este tiempo ha definido su actuación y los grandes compromisos de su espíritu. Y es que la vocación del Juez es una de las más definidas y cultivadas, pues las resoluciones judiciales no son otra cosa que la proyección de los valores intelectuales y morales de cada uno de los hombres encargados de emitirlos. La palabra sentencia deriva del verbo latino sentiré, que significa sentir, según nos ha ilustrado don Genaro Góngora Pimentel en algunas de sus disertaciones. Por ello es que las sentencias recogen y algunas veces translucen los sentimientos que el juez experimenta en el conocimiento de los casos sometidos a su potestad.²⁷⁵

Asimismo, vale la pena destacar las palabras del Magistrado Ramón Palacios Vargas, que diera con motivo de la instalación del entonces Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, contenidas en un informe de labores de la Suprema Corte de Justicia del año 1951, en donde destacó la importancia de la figura de la suplencia de la queja, en materias laboral y penal:

El pulso de los tiempos que hacía necesarias las reformas constitucionales que hoy empiezan a regir, y dos puntos por ellas contenidos, bastaría para justificarlas plenamente. Ellos son: la suplencia de la queja en materia de trabajo, cuando el quejoso es el obrero, y la suplencia de la queja en lo criminal, si la parte agraviada es el encausado. Salimos de los linderos estrechos, miopes y decadentes del derecho “formulario” romano, suavizado por los edictos pretorios, y entramos a lo que con frase feliz

²⁷³ Ídem.

²⁷⁴ Ídem.

²⁷⁵ Ortiz Mayagoitia, Guillermo I., *Conferencias de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 18

titulara Savigny de “último grado de espiritualización del derecho”.²⁷⁶

Por otra parte, las emociones no sólo juegan un papel relevante en el aspecto cognoscitivo para identificar los significados que habrán de resolver un problema; también pueden emplearse para influir en la determinación de esos significados.

En la teoría de la deliberación jurisdiccional, propuesta por el Magistrado Jaime Manuel Marroquín Zaleta, ha destacado las condiciones requeridas para el buen funcionamiento de un Tribunal Colegiado; una de ellas se refiere al carácter de los integrantes; considera que la excesiva agresividad entorpece el debate.²⁷⁷

Manuel Atienza señala en su libro, *La Guerra de las Falacias*, que las falacias son argumentos engañosos, malos argumentos que parecen buenos y que como decía Aristóteles vienen a ser como los metales que parecen preciosos sin serlo.²⁷⁸

Entre estas falacias algunas se plantean a partir de argumentos que pretenden influir en los sentimientos de los participantes de un debate; podemos encontrar, entre algunas falacias, los estratagemas que menciona Arthur Schopenhauer en su manual *El arte de tener razón*.²⁷⁹

Precisamente el estratagema 38 llamado *argumentum ad personam*, dice que cuando el adversario es superior y acabará por no dar la razón, se sugiere adoptar un tono ofensivo, insultante y áspero. En el mismo sentido se plantea como puntos vulnerables de la persona, su honor o vanidad, especialmente en lo que corresponde a la capacidad intelectual.

No obstante, en dicho estratagema se aportan algunas sugerencias para evitar este tipo de argumentos:

Tener sangre fría puede ser de enorme utilidad en estas ocasiones si, cuando el adversario pasa a los ataques personales, uno responde con calma que eso no tiene nada que ver con el tema discutido y retorna

²⁷⁶ Cabrera Acevedo, Lucio. *Los Tribunales Colegiados de Circuito*, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2001, p.114

²⁷⁷ Marroquín Zaleta, Jaime Manuel, *El Debate en los Tribunales Colegiados de Circuito, Teoría de la Deliberación Jurisdiccional*, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2003, p 12.

²⁷⁸ Atienza, Manuel, *La Guerra de las Falacias*, 2ª ed., México, ed. Cajica, 2004, p. 6.

²⁷⁹ Shopenhauer, Arthur. *El arte de tener razón (expuesto en 38 estratagemas)*, Madrid, Trad. Garzón, Dionisio, ed. Biblioteca Edf., 2008, pp. 65-68.

rápidamente a este y continúa demostrándole que objetivamente no tiene razón.²⁸⁰

El estratagema 8, tiene algún parecido con el 38, se funda en la idea de provocar cólera en el adversario, a fin de que quede imposibilitado para juzgar prudentemente. Se aconseja tratar al adversario con insolencia.²⁸¹

En la misma línea, el estratagema 27 señala que si el adversario en forma imprevista, se encoleriza, hay que insistir en ese argumento, no sólo por la ventaja que se obtiene de ello, sino porque se ha encontrado el punto débil de su razonamiento.²⁸²

En el estratagema 29 se aconseja acudir a la diversión cuando el camino se vea rumbo a la derrota. Esta diversión puede dirigirse contra el adversario sin tener alguna relación con el tema, aunque bien podría ser más comedido emplear la diversión con relación al tema. En cualquiera de los estratagemas, queda claro que no sólo es necesario el empleo de argumentos formalmente válidos, o bien estructurados desde su construcción lógica.

Es importante tener precaución con las falacias, pues pueden introducir, de distintas maneras distractores o inconsistencias en los argumentos, que pueden orillar a tenerlos por válidos. Algunas de estas inconsistencias, pueden despertar emociones entre quienes entablen una acción comunicativa, para ello, es útil el empleo de la inteligencia emocional, pero también es importante participar en el ámbito de un código de ética, que pueda contrarrestar los efectos de falacias, enderezadas en términos irrespetuosos u orientados a desviar la atención de los aspectos principales.

Sin embargo, aun cuando las emociones resultan decisivas tanto en el proceso de interpretación para encontrar el significado más apropiado para un sistema constitucional, como cuando se introducen en falacias para provocar un error en esa interpretación, es entendible que no formen parte de la justificación, en éstas sólo aparecen procesos analíticos que se apoyan en consideraciones

²⁸⁰ Ídem.

²⁸¹ Ibídem, p. 40

²⁸² Ibídem, p. 50

vinculadas a salvaguardar los principios de legalidad, seguridad jurídica, debido proceso, o de supremacía constitucional.

Ahora bien, no hay que desviar el rumbo de las emociones como aspecto esencial para el razonamiento y principalmente el de carácter ético, en términos de una función cognoscitiva que permita identificar valoraciones morales y su calificación, con la idea de que las pasiones se impongan sobre la razón.

En esto es necesario hacer una diferencia entre el razonamiento ético y el comportamiento ético.

Lo primero es lo que se pretende destacar, quizá una pregunta pueda orientar el sentido de lo señalado.

Si se presentan dos posibles soluciones a un caso y una es simplemente apegada a derecho y la otra, no sólo es apegada a derecho, sino también es justa; esto, tal vez por mero sentido común, nos llevaría a decidimos por la segunda opción; este tipo de razonamiento es el que se pretende rescatar con el empleo de las emociones; es decir, que a partir de éstas podemos advertir que una decisión debe ser no sólo apegada a derecho, sino justa. Esta explicación aborda el problema de la razón, desde un aspecto subjetivo, pues a partir de la intuición, se pretenden captar significados, que más allá del simple razonamiento abstracto, encuentren una compatibilidad entre el resultado material apegado a los principios constitucionales y su valor substancial: ético, justo, proporcional o, equitativo.

El segundo aspecto sería el del comportamiento ético. También es importante, pero podríamos concretarlo a la obligación ética que habría tenido el juez para optar por emitir una sentencia no sólo apegada a derecho, sino justa; ¿cómo podrían el afectado o el observador, reprochar a un juez que no dictó una sentencia justa?

La única vía sería a partir del conocimiento de lo que es justo y de lo que es injusto, lo que quiere decir que existe un código ético que se comparte y resulta accesible para el afectado y el observador.

Por consiguiente, el razonamiento ético enfocado a la solución más apropiada en el marco de una variedad de alternativas y el comportamiento ético que debe regir esa búsqueda, debe acompañarse. Hay que tener presente que el

proceso de razonamiento tiene implicaciones importantes entre la amígdala y la neo-corteza, que existe un puente en el que las emociones una vez registradas, permiten hacer evaluaciones, según se perciba una emoción negativa o positiva que pudiera sobrevenir en el evento de decidir de una forma o de otra.

En este sentido, la adecuada identificación de las emociones, amerita de una experiencia orientada hacia su conocimiento, lo que se logra por dos vías, a partir de parámetros fijados por la sociedad en la familia, en las escuelas, en la religión y por otro lado, específicamente en lo que corresponde al desempeño judicial.

Las emociones como resultado de los antecedentes culturales del participante, se integran a un referente de significados, que se suman a otros del sistema jurídico, y permiten formular razones valorativas que entran en el juego de la interpretación de las normas o en la valoración de los hechos y permiten discriminar el orden de su importancia.

Ahora, entre las emociones las hay buenas y malas; las primeras se desenvuelven en las virtudes, las otras, podrían derivar en injusticias, como lo diría Aristóteles en lo que correspondería a la falta de dominio sobre uno mismo.²⁸³

Si el razonamiento se vincula con las emociones y especialmente hacia el razonamiento ético, es necesario que quienes desempeñan el ejercicio del razonamiento judicial, desarrollen en su experiencia de vida un conocimiento sano de las emociones; esto, tal vez no se concibe propiamente de manera expresa; empero, el fundamento científico que está detrás de los códigos de ética, es precisamente el control de sí mismo, el sano empleo de las emociones como herramienta para resolver problemas de interpretación de normas o valoración de pruebas.

Con alguna idea sobre esta necesidad, las escuelas judiciales han elaborado planes de estudio, cuyo fin principal no sólo es el de preparar

²⁸³ Op. Cit. Aristóteles, "...las causas por las que se elige de antemano hacer daño y obrar contra la ley son la maldad y la falta de dominio sobre uno mismo. Porque en efecto: los que tienen uno o varios vicios, en aquello precisamente en que son viciosos, son también injustos. Así, por ejemplo, el mezquino (lo es) en el dinero; el licencioso, en los placeres del cuerpo; el blando, en la malicie; el cobarde, en los peligros (puesto que por temor abandona a sus compañeros de riesgo); y, lo mismo, el ambicioso por causa de los honores; el colérico por la ira; el afanoso de vencer, por la victoria; el vengativo, por la venganza; el insensato, por estar engañado sobre lo justo y lo injusto; y el desvergonzado, por desprecio de la opinión. "...p. 156

técnicamente a aspirantes al desarrollo de una carrera judicial, sino crear un acercamiento a los valores que necesariamente participan en la justificación.

Ahora bien, es innegable la función que tienen las emociones en el proceso cognoscitivo del cerebro humano. No hay forma de hacer distinciones sobre aspectos de moralidad o incluso de simple discriminación de valores o interpretación de enunciados o determinación de hechos si no empleamos nuestras emociones; estas conforman un código con el que el cerebro hace cálculos.

Podría parecer difícil de creer que procesemos imágenes sobre conceptos abstractos, como el bien común, o el derecho subjetivo, o el interés legítimo.

No obstante, en el cerebro se reproducen imágenes sobre las consecuencias de emplear tales conceptos abstractos y con ello se discrimina la información.²⁸⁴

Los cálculos que procesa nuestro cerebro, parten de una información que ha sido codificada en un sistema de emociones que crean imágenes que son traducidas al lenguaje y se comunican con la neocorteza para tomar decisiones.

Es difícil señalar que sólo alguna de las emociones posibles participa en ese proceso cognitivo; esto quizá es territorio de otras materias, no obstante, en la racionalidad opera a partir de un código binario en el que el sistema aprueba o rechaza proposiciones calificándolas de legales o ilegales, en un entretejido de decisiones que lleva al punto final de la cuestión a resolver; en este sentido, para simplificar la aplicación de las emociones, resultarían importantes: a) la compasión y b) la indignación; lo legal evoca sentimientos de compasión, en cuanto que lo

²⁸⁴ Cáceres, Enrique, *Hacia una teoría constructivista conexionista*, en *PROBLEMA*, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, Número 3, Dir. Vega Gómez, Juan. Se enfoca en el modelo mental conexionista del razonamiento judicial Romano-Germánico. En lo que ve al modelo mental comenta que fue usado por primera vez por Kenneth Craik en 1943, se remite a *The Nature of Explanation*, Cambridge University Press 1943, y explica: “Desde la perspectiva del modelo conexionista de la memoria, los elementos simbólicos constitutivos de los modelos mentales (una imagen, por ejemplo) son estructuras supervenientes a patrones de conectividad neuronal y las funciones cerebrales que involucran tanto a la amígdala como al hipocampo y al córtex. Esto significa que las emociones también juegan un papel fundamental en la elaboración de dichos modelos... Los modelos mentales pueden ser de diferentes tipos; conceptuales, estructurales, causales (o procedurales); o complejos... con respecto al estatus epistemológico de dichas representaciones, acerca de eventos reales, imaginarios o constituidos preformativamente; pertenecientes al “mundo externo”, a mundos posibles o a la realidad socialmente construida de fenómenos pasados, presentes o futuros; implícitos o explícitos; de conocimiento experto o conocimiento ordinario etc”. Pp. 229-230.

asimilamos a lo justo; en cambio, lo ilegal indigna porque es injusto, porque contraría el sentido de dignidad de la persona.

Sobre la compasión e indignación; Aristóteles dice:

Al hecho de sentir compasión se opone principalmente lo que se llama sentir indignación. En efecto: el pesar que se experimenta por las desgracias inmerecidas se opone –de algún modo y procediendo del mismo talante- el que se produce por los éxitos inmerecidos. Y ambas pasiones son propias de un talante honesto, ya que tan adecuado es entristecerse y sentir compasión por los que sufren un mal sin merecerlo, como indignarse contra los que son merecidamente felices.²⁸⁵

Patricio de Azcárate, comenta sobre las obras de Aristóteles y en *La gran moral*, libro primero, capítulo XXV, se ocupa del sentimiento de indignación.

La justa indignación, en griego némesis, es el medio entre la envidia, que se desconsuela al ver la felicidad ajena, y la alegría malévol, que se regocija con los males de otro. Ambos son sentimientos reprobables, y sólo el hombre que se indigna con razón debe merecer nuestra alabanza. La justa indignación es el dolor que se experimenta al ver la fortuna de alguno que no la merece; y el corazón que se indigna justamente es el que siente las penas de este género. Recíprocamente se indigna también al ver sufrir a alguno una desgracia no merecida. He aquí lo que es la justa indignación y la situación del que se indigna justamente. El envidioso es todo lo contrario en cuanto está pesaroso siempre de ver la prosperidad de otro, merézcala o no la merezca. Como el envidioso, el malévol, que se regocija con el mal, se considera feliz al ver la desgracia de los demás, sea o no ésta merecida. El hombre, que se indigna en nombre de la justicia, no se parece en nada ni a uno ni a otro, y ocupa el medio entre estos dos extremos.²⁸⁶

Schopenhauer, considera que la justicia es la virtud que enfrenta al egoísmo. Los hombres luchan encarnizadamente por la supervivencia y en este ánimo se centra la voluntad de vivir; la propia existencia es más importante que la de los demás juntos; así, el egoísmo es “todo para mí, nada para los demás”; esta voluntad es la que motiva al homicidio, la violencia, la traición, la astucia, la mentira; frente al egoísmo, la virtud de la justicia hace que el hombre reconozca sus límites y no busca ampliarlos a costa de los demás; respeta la voluntad de los

²⁸⁵ Op.cit. Aristóteles, *Retórica*, Madrid, ed. Gredos, 1999, p. 360.

²⁸⁶ de Azcárate, Patricio, <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc0204a.htm>

otros, porque ve semejanza con la suya, la justicia traspasa la conciencia de la individualidad, porque ve en los demás la propia.²⁸⁷

No obstante, Schopenhauer considera a la justicia como una virtud inferior a la compasión porque ésta no se limita a no dañar a los demás; la compasión procura el bien: toma la carga, los trabajos y los dolores del prójimo y los hace propios. Suances Marcos, explica el pensamiento de Schopenhauer:

Si el lema de la justicia era *neminem laede*, no hagas daño a nadie, el de la compasión es *inmo ommes quantum potes, iuva*, más aún, ayuda a todos cuanto puedas. La compasión es la verdadera fuente del acto moral. El origen de la moralidad por tanto no es ni la razón ni los mandatos religiosos. Cuando nos preguntamos a alguien por qué ayuda gratuitamente a otro que lo necesita, la verdadera respuesta moral es porque, haciéndolo, se siente radicalmente satisfecho.²⁸⁸

La empatía es un componente esencial de la compasión, y hay tres clases de empatía: aquella en la que se tiene la habilidad de apreciar las cosas como el otro, ésta es de carácter cognitivo; la segunda, es de orden emocional, cuando una persona puede decirle a otra “te siento”, entabla un vínculo o espejo²⁸⁹; la tercera forma de empatía es la preocupación empática, que surge cuando se colma una necesidad, es el momento en que una persona puede darse cuenta de la ayuda que ocupa otra persona y se dispone a brindarla. Tania Singer, neurocientífica del Instituto Max Planck de Alemania, explica que la ínsula es una de las zonas cerebrales que tiene una función importante en la empatía y se activa cuando desciframos las emociones de los demás; a nivel cerebral esta operación primero se centra en las emociones de nosotros mismos y luego, en la de los demás.²⁹⁰

Con esto se queda delimitada la relevancia de las emociones que se vinculan con la identificación de principios éticos en el estado de derecho, no sólo a partir del reconocimiento de los valores implícitos en un sistema jurídico; sino

²⁸⁷ Op. Cit. Suances Marcos, Manuel y Villar Ezcuarrá, Alicia, *El irracionalismo*, pp. 191-194.

²⁸⁸ Ídem.

²⁸⁹ Ver nota 7.

²⁹⁰ Goleman, Daniel, *El Cerebro y la Inteligencia Emocional: Nuevos Descubrimientos*. ed. B, Barcelona 2012, pp. 83-85.

desde una función cognoscitiva que permita al participante realizar una labor interpretativa en la que la selección de la norma válida y la demostración de los hechos, resulten compatibles con las expectativas reconocidas también, por el afectado y por el observador, con las correspondientes emociones compasión, indignación.²⁹¹

Ahora bien, en esta tarea, el factor psicológico y el principio de universalización, juegan un papel importante, como se verá en apartados subsecuentes, pero para adelantar un poco en este terreno se puede señalar que el factor psicológico interviene, en el supuesto de que una norma jurídica o un valor implícito en el derecho, delimitado en un principio o en una máxima, adquieren una aceptación universal, conforme a la cual, no habría forma de rechazarlo si el papel del intérprete se cambiara por el de quien tuviera que asumir las consecuencias, sin alguna contrariedad.

Por ejemplo, el principio sobre el que se estructura la esclavitud, sería el de la igualdad, todos somos libres e iguales y no podemos ser esclavizados por otro individuo.

Habría que hacer uso de las imágenes y ubicarse en la situación de quien está siendo esclavizado para entender no sólo psicológicamente cómo diferenciamos una acción de otra, sino que con ello universalizamos la idea de que se debe prohibir la esclavitud, sobre un entendimiento común de orden cultural, que construye un código por el que se puede validar como legal o ilegal una determinada acción.

La acción de esclavizar a alguien es moralmente incorrecta y es de tal importancia, que el sistema jurídico acoge esa razón moral para constituir la norma y así garantizar su observancia mediante un derecho subjetivo que puede poner en marcha el poder coactivo del estado.

²⁹¹ Op. cit. Knaack, Jay, *Pragmatism and the Limits of Rationality, Conscience, Consensus & Crossroads in Law*, ed. Roberta Kevelson Peter Lang Publishing, Inc., New York 1995. Sin la constante reflexión de lo que estamos haciendo, la ética y la política podrían volverse desesperadamente cerradas, o un asunto de conveniencia pura. El punto medio debía usar las investigaciones científicas de la sociedad, abrir discusión y debate y un sistema democrático para instituir experimentos sociales progresivos, p. 182.

Frente a un hecho como la esclavitud; la indignación reprobaría a la acción de quien esclaviza a otro por injusta; pero también sería causa de compasión la víctima de esos atropellos, por padecer de un mal inmerecido.

En realidad, Hare, como se verá en adelante, propone que el razonamiento ético se verifique en dos niveles, el primero, reservado al análisis del significado de los enunciados morales, donde participarían las emociones o la ética personal; y, el segundo al pensamiento crítico.²⁹²

El significado del enunciado, tendría que definirse a partir del término esclavizar y al pensamiento crítico correspondería determinar si ese significado debe ser rechazado o aprobado a partir de la idea de un enunciado universal que se ocupe de las consecuencias, favorables o desfavorables.

7. Las virtudes judiciales

Manuel Atienza, señala que entre las virtudes que los jueces deben desarrollar, encontramos a la templanza que toma del libro de la Retórica de Aristóteles, y según lo señala en la definición: “*es una virtud por la cual se está dispuesto para los placeres del cuerpo en la medida en que la ley manda; desenfreno es lo contrario*”.²⁹³

El filósofo Christopher Phillips, aporta interesantes ideas sobre algunas preguntas que se hizo Sócrates y elige el tema del camino intermedio; encuentra una posición semejante a la adoptada por Buda, este autor dice:

Buda alentaba a la gente a evitar los extremos y a seguir el camino intermedio. Así en el Dhamma Kakka-Ppavattana-Sutta, o Discurso de la puesta en movimiento de la rueda de la doctrina, exhortaba a evitar los dos extremos de “una vida (...) dedicada a los placeres y a los deseos” y “una vida entregada a la mortificación”.²⁹⁴

²⁹² El proceso del razonamiento moral, es aplicable al razonamiento jurídico, pues en el terreno de la discrecionalidad, las valoraciones o interpretaciones, tienen que pasar por el mismo esquema: determinación de significados en donde se verifica un razonamiento que desde el punto de vista neurológico recrea imágenes que evalúan el costo beneficio, de las consecuencias y luego, se pasa a un análisis crítico sobre tales consecuencias.

²⁹³ Atienza, Manuel, *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?* En Carbonel, Miguel, Malem, Jorge F. et al. Comp. *Jueces y Derecho, problemas contemporáneos*, ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2004, p. 21

²⁹⁴ Phillips, Christopher, *Seis Preguntas de Sócrates*, ed. Taurus, México, 2005, p. 95

David Carr,²⁹⁵ señala que hay que considerar con cautela a la pasión y a las emociones como potencialmente racionales; en principio, parte de las conclusiones aportadas por filósofos analíticos de la post-guerra, que señalan que las emociones son intencionales y tienen un núcleo cognoscitivo que permite hacer juicios o valoraciones.

Carr coincide en la parte intencional de las emociones, aunque el aspecto cognoscitivo lo considera de menor importancia para hacer juicios de valor; en su caso, estima que ese aspecto cognoscitivo sería relevante en la dimensión educativa, es decir, para cultivar una educación en las virtudes del carácter. Lo último porque el compromiso racionalista se debe sustentar en operaciones lógicas como la consistencia y la coherencia; lo primero, porque no puede considerarse el valor de una proposición p como válido e inválido al mismo tiempo - $(p \cdot \neg p)$ y en las emociones pueden presentarse situaciones contrapuestas, amor y odio, aunque se puedan diferenciar esos sentimientos con respecto a una misma cosa, por ejemplo: amo y odio el pescado; lo amo por su sabor, lo odio por sus espinas; en cuanto a la coherencia, pueden surgir sentimientos inexplicables, como el temor a los payasos; esta posibilidad sería difícil justificarla.

Por otro lado, David Carr, con respecto a un trabajo de Susan Stark en relación a la virtud entendida por Aristóteles, parte de una clasificación entre los virtuosos y los continentales o templados; en los primeros, no se puede presentar una situación de ambivalencia en sus emociones, son ciegos a las pasiones, por ello, actúan de forma virtuosa; los segundos, se encuentran en medio de una batalla y se deben contener para hacer lo correcto.

Sin embargo, Carr, señala que tal clasificación entre virtuosos y continentales o templados, no es del todo correcta; todos somos potencialmente sujetos a vivir emociones encontradas; pone el ejemplo de Ximena y el Mío Cid, ella está

²⁹⁵ Carr, David. *Virtue, Mixed Emotions and Moral Ambivalence*, Cambridge Journals, The Royal Institute of Philosophy, ed. University of Edinburgh, 2009, p84.

enamorada del Mío Cid, es el padre de su hijo; pero el Mío Cid asesinó al padre de Ximena, por eso lo odia.²⁹⁶

En conclusión, Carr considera que el pensamiento de Aristóteles sobre la virtud y la continencia, no son caminos distintos; por el contrario, conforman una misma dirección en la que la continencia lleva a la virtud, a una genuina convicción por el bien; aunque la excesiva continencia también puede derivar en un peligroso proceso de la represión o neurosis.²⁹⁷ Los continentes, podrán igualmente ser emplazados a un encuentro de emociones, pero tendrán la inteligencia necesaria para dirigir apropiadamente sus emociones mediante un razonamiento maduro con una conciencia plena sobre las consecuencias de no optar por el camino correcto.

En su libro, *Tras la Justicia*, Manuel Atienza desarrolla una explicación sobre tres posibles soluciones que podían darse al caso del Grupo de Presos Antifascistas Primero de Octubre, GRAPO, quienes a partir de huelgas de hambre, presionaban al gobierno para que se reunificaran los integrantes del grupo que se encontraban en cárceles distintas. Las soluciones eran: 1. Alimentarlos por la fuerza. 2. Alimentarlos por la fuerza sólo cuando hayan perdido la consciencia y 3. No alimentarlos aun cuando hayan perdido la consciencia. El Tribunal Constitucional Español, frente a estas posibilidades se inclinó por la primera, con la justificación de que el Estado tenía la obligación de preservar la vida pues frente a este derecho se justificaba atentar contra la integridad física y moral que tienen menor relevancia.²⁹⁸

Este caso expone la distinción entre la racionalidad instrumental y la racionalidad subjetiva. En la racionalidad instrumental se fijan ciertos medios para

²⁹⁶ Ibídem,...los virtuosos no son menos presas del resto de nosotros de los conflictos y dilemas morales de los que el ser humano es heredero, por lo que la ausencia de emociones o incertidumbre o conflicto moral no hará por sí mismo distinguir al virtuoso del que es continente. [trad. MMM], p.44.

²⁹⁷ Ídem. Un problema con la continencia interpretada como un mecanismo para resolver conflictos morales entre los instintos humanos y las demandas de una civilización correcta y decente, es que puede navegar peligrosamente hacia un proceso, -traído vívidamente a la atención del psicoanálisis- que es la represión.[trad. MMM].

²⁹⁸ Atienza, Manuel. *Tras la Justicia*, ed. Ariel. Barcelona 2003. “Es decir, que el mundo de las emociones no es simplemente el mundo de lo irracional o de lo arracional. Las emociones, por el contrario, parecen guardar algún tipo de relación interna con la razón. Por un lado, la razón no podría funcionar sin pasión, como bien puso de manifiesto Hume con su famoso dictum de que *la razón es esclava de las pasiones.*”, pp. 88-141.

llegar a un fin, pero en la racionalidad subjetiva se requiere contar con algo más que el simple razonamiento, es preciso que el participante pueda ubicarse en el sitio de los demás, en el lugar del afectado, o incluso del observador, y a partir de una reflexión seria sobre las consecuencias y las emociones implícitas, oriente el sentido de la solución en el rumbo de valores que inspiren el buen juicio, la perspicacia, la prudencia, el sentido de justicia, humanidad, o compasión, reconocidos por el observador y por el mismo afectado, en un sentido imparcial.

En México, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 3 de diciembre del año 2004, publicó el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación,²⁹⁹ en él en el capítulo V llamado Excelencia, se aborda el aspecto sobre el desarrollo de las virtudes judiciales.

En las consideraciones iniciales, se precisa:

La labor del juzgador no sólo requiere el conocimiento de la ciencia jurídica, porque hay espacios en los que su única directriz es su propia conciencia. Esta requiere ser ilustrada a partir de patrones de conducta asumidos libremente, que tiendan a hacer efectivos los valores, que si bien están ínsitos en el propio quehacer del juez y en el ordenamiento jurídico, es indispensable explicitar, pues debe tenerse presente que lo callado, aunque obvio, se olvida, se disimula o se desdeña.

Por otra parte, en el capítulo V, denominado Excelencia, se señalan las virtudes judiciales que el juzgador desarrollará, como son el humanismo; la justicia; la prudencia; la responsabilidad; la fortaleza; el patriotismo; el compromiso social; la lealtad; el orden; el respeto; el decoro; la laboriosidad; perseverancia; humildad; sencillez; sobriedad y honestidad.

Jorge Malem, insiste en que un juez debe cultivar virtudes, como las que menciona Manuel Atienza: el buen juicio, la perspicacia, la altura de miras, el sentido de justicia, la humanidad, la compasión, la templanza, y la prudencia, entre otras, pero siguiendo a Anthony Kronman, además de que el juez tiene la

²⁹⁹ Se puede consultar en: http://www.vb.com.mx/legislacion/codigo_etica_poder_judicial_federacion.pdf

obligación de comprender los argumentos de las partes, también debe sentir empatía hacia ellas; lo que supone ponerse en el lugar del otro.³⁰⁰

En este sentido, para encontrar una respuesta adecuada sobre cómo se puede entender el reconocimiento de las emociones en la justificación, es necesario precisar el sentido de su función en el quehacer judicial.

1) Las emociones cumplen una función cognoscitiva, que nos permite hacer evaluaciones sobre enunciados normativos o fácticos y sus significaciones. Esto es patente, desde la perspectiva de que el derecho positivo, incluye en sus relaciones internas, consideraciones éticas y políticas; estas relaciones internas tienen vínculos estrechos con los derechos que salvaguardan.

2) Las emociones, al margen de la función cognoscitiva, pueden orientar el sentido de una justificación cuando las vías legales de la interpretación sean insuficientes y queden abiertas a la discrecionalidad.

3) La discrecionalidad debe reducirse a su mínima expresión, a partir de una racionalidad instrumental, pues las consideraciones morales necesarias para la justificación deben localizarse en el propio sistema y sólo de manera subsidiaria, fuera del sistema, esto, mediante la identificación de los principios jurídicos que se pueden reconocer o extraer de los enunciados normativos, pero también a partir de directivas en el desempeño de la función judicial, que conformen vías para comprender la relación entre el razonamiento y las emociones y el debate ético que lo debe constituir.

En efecto, el empleo o la participación de las emociones, debe orientarse a partir de principios jurídicos, extraídos de las normas o principios generales del derecho que gocen de un reconocimiento relevante o bien a partir de proposiciones deontológicas dominantes en una lectura moral de la constitución, que auxilien al juzgador en la forma de ordenar el aspecto emotivo de

³⁰⁰ Malem, Jorge, *La profesionalidad judicial*. Comp. Garzón Valdés Ernesto, ed. Fontamara, México 2009, “Es obvio que el comportamiento debido por el juez dependerá básicamente de lo acotado por el sistema del juez y por consideraciones consecuencialistas en aquellos casos que así lo requieran. Pero es también manifiesto que si desarrolla ciertas virtudes como la prudencia, podrá encontrar soluciones a situaciones comprometidas que resultan mejores o son más adecuadas que si las intenta resolver aplicando mecánicamente determinadas normas o cálculos de consecuencias” pp. 80-82,

la decisión, traduciéndolo a proposiciones analíticas con las cuales se pueda plantear una justificación o un razonamiento deductivo.

4) Se debe considerar una teoría sobre el razonamiento ético como la de R.M. Hare, en la que, como se verá, existen dos niveles: a) delimitación de los significados, mediante la universalización; y, b) el desarrollo del pensamiento crítico, considerando la perspectiva del observador y del afectado.

5) En cuanto a la parte interna del operador jurídico, debe orientar sus emociones en el sentido de desarrollar virtudes que le permitan adquirir directivas éticas para justificar casos difíciles, desde un punto de vista del razonamiento subjetivo, pero en esto el punto central es la voluntad por desarrollar un sentimiento empático, que es la base de la compasión.

8. Resumen

La razón y la arbitrariedad se han ubicado en sitios opuestos. Se ha precisado que una decisión autoritaria puede ser calificada de racional o arbitraria, en el campo de la justificación judicial. Hay dos tipos de justificación la interna, en la que debe haber una relación entre las premisas y la conclusión; y, la externa, que se concentra a la aceptación de las premisas.

Ambas justificaciones, la interna y la externa, deben orientarse a satisfacer las expectativas de un sistema normativo que tiene reconocimiento, compuesto por reglas, principios o valores; esta satisfacción debe entenderse a manera de principio, pues se puede decir que una decisión es más o menos razonable, según el peso que se asigne a lo arbitrario o a lo racional. No es sostenible, sin embargo un punto intermedio pues tendrá necesariamente que fijarse una valoración del lado de lo racional o de lo arbitrario.

Una decisión será racional si previsiblemente satisface las expectativas del sistema al aplicar el derecho válido y estar justificada interna y externamente.

En los casos difíciles que ameritan una justificación externa, se ha señalado como concepto que la decisión D, es racional porque es previsible que P argumentara a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema DV de S o S1, o el problema DH, conforme a los criterios de interpretación de V de S o

S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV o DH, es próxima a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.

En la justificación externa se deben tener en cuenta el pensamiento crítico, al que se refieren Jenófanes y Tales de Mileto, pues precisamente la crítica permite hacer una confrontación de opiniones encaminadas a proponer distintas alternativas o valoraciones; también, hay que distinguir (a pesar de los diferentes puntos de vista entre Parménides y Heráclito sobre el λόγος), que la razón jurídica, sigue el camino de la opinión, *doxa*, pues tenemos limitaciones para conocer la verdad, en tanto que *endoxa*, es el camino de la verdad, inmutable, única y finita y se aplica al conocimiento científico. En la justificación externa, se pueden emplear tanto argumentos *doxa* como *endoxa*; los primeros sólo para las normas; ambos, para los hechos y precisamente los *endoxa* en el caso de pruebas científicas, sobre demostración de hechos.

Desde el punto de vista filosófico, el irracionalismo plantea la importancia de considerar a las emociones en el proceso del razonamiento (Meister Eckhart, Pascal, Rousseau, Voltaire, Hume, Jacobi Schleiermacher, Schelling, Bergson, Kierkegaard, Nietzsche y Unamuno).

Tal posición, tiene respaldo en las recientes investigaciones sobre la participación de las emociones en el razonamiento. Antonio Damasio seguido por Ignacio Morgado, han demostrado que hay áreas del cerebro comprometidas con el razonamiento moral que implican emociones, la corteza prefrontal, la corteza temporal, la amígdala, el hipotálamo y otras estructuras. Estas regiones se interrelacionan para clasificar imágenes, asignarles emociones y fijar jerarquías. Sin emociones no hay manera de hacer juicios sobre lo correcto e incorrecto; sobre lo justo o injusto o simplemente sobre la jerarquización y orden de valoraciones.

Hay una relación entre los valores y las emociones, estas participan en el razonamiento jurídico junto con la intuición; un sistema normativo está integrado por normas, principios o valores, que integran un referente cognoscitivo y permiten

que el operador entable un diálogo entre la razón y el corazón, en el sentido propuesto por William J. Brennan, Richard A. Posner o Juan Díaz Romero.

La importancia de las emociones en la justificación externa, debe entenderse, en principio a partir de una función cognoscitiva para identificar los principios o valores, implícitos en el sistema normativo, tales principios o valores evocan imágenes en las funciones del cerebro para la toma de decisiones.

En este sentido, para el participante, es importante fortalecer el cultivo sano de emociones a través de la educación permanente y especialización para el fortalecimiento de las virtudes judiciales, la capacidad de compasión e indignación y el manejo de teorías sobre el razonamiento ético, conforme al principio de universalización, es decir, situándose en las posiciones del observador y del afectado, en un pensamiento crítico e imparcial.

Los códigos de ética, en estos casos conforman una guía esencial para apreciar el sentido y la justificación que tienen las emociones en el proceso de razonamiento. Un código de ética es un instrumento que reduce la discrecionalidad y orienta a la razón subjetiva del participante. Sin embargo un código de ética, por sí mismo carecería de sentido, sin el desarrollo de una voluntad por la empatía, que es el fundamento de la compasión.

CAPÍTULO 4

JUSTIFICACIÓN EXTERNA, SISTEMA NORMATIVO Y SISTEMA SUBSIDIARIO.

1. Sistema normativo. 1.1. Neoconstitucionalismo. 2. El camino hacia el neoconstitucionalismo en México. 2.1. El nuevo juicio de amparo. 3. Sistema subsidiario, control difuso de constitucionalidad y control de convencionalidad. 4. Democracia y jurisdicción constitucional. 5. Derechos humanos y jurisdicción internacional. 6. Sistema interamericano de derechos humanos. 6.1. Efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno. 7. Derecho comunitario. 8. Resumen.

*Si no creyera en la balanza
en la razón del equilibrio
Silvio Rodríguez.*

1. Sistema normativo

En el capítulo precedente se hizo hincapié en el análisis de la razón subjetiva del participante.

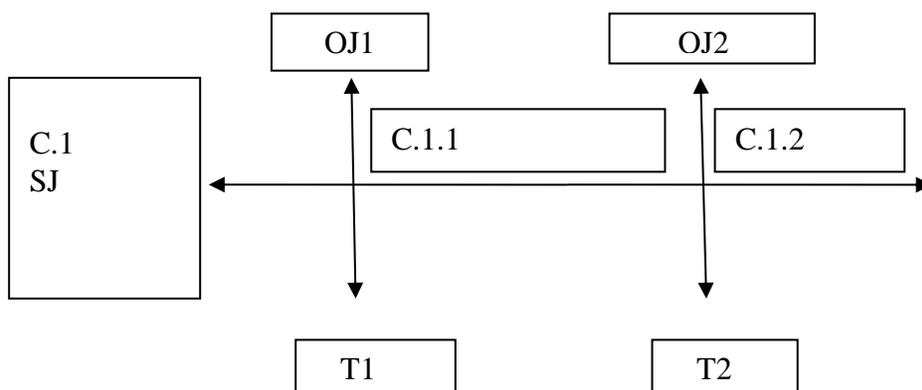
Se llegó a la conclusión de que los problemas relacionados con la interpretación de las normas o con la valoración de los hechos, pueden presentar un espacio abierto a la discrecionalidad en donde el participante tiene que explorar distintas alternativas, para ubicar el significado apropiado que resuelva el problema de las normas o de los hechos.

Tales significados pueden encontrarse en los valores que se pretenden tutelar a través del derecho y estos valores podrían suponer distintas opciones en donde la intuición, o los sentimientos que surgen con motivo de la interpretación de las consecuencias, como un hecho psicológico, podrían conducir al participante a definir, cual hipótesis, resultaría la más adecuada y previsible para el observador y el afectado, en el marco de un sistema constitucional.

No obstante, la integración de un sistema de valores, o significados subjetivos, es una cuestión que el participante construye culturalmente, con la influencia de la familia, la escuela, la religión, la sociedad, y principalmente, en su formación profesional, que puede enriquecer a través del desarrollo de las virtudes judiciales.

Como experto, debe conocer el funcionamiento del sistema constitucional, pues este es el máximo referente de la racionalidad; en él, se forjan los significados que debe extraer y construir, para resolver los casos difíciles, pero también constituye el referente para que el observador y el afectado evalúen desde su propia perspectiva si la decisión adoptada, realmente cumple o se aproxima a las expectativas previsibles sobre esa construcción de significados, reconocidas en el propio sistema.

En este punto sobre el sistema normativo, es preciso primeramente, acoger el concepto que sigue Carla Huerta Ochoa, quien señala que los términos sistema jurídico y orden jurídico, no deben entenderse como sinónimos. Explica que, si se emplea la palabra sistema jurídico, se está diciendo que el derecho se compone por una serie de elementos que se relacionan entre sí para formar una unidad y esta unidad se integra por las normas que han sido derogadas, como también por aquellas que las sustituyen. Al conjunto de las normas derogadas y vigentes, se le conocerá como sistema normativo; en cambio, el orden jurídico se concreta a las normas no derogadas que trascienden o sobreviven a la derogación de otras normas. El orden jurídico es el conjunto de normas vigentes, por tanto, un sistema, es lineal y horizontal (SJ) y puede cruzarse con una serie de órdenes jurídicos (OJ); en cambio, el orden jurídico en este esquema figurativo, sería vertical. En cuanto a la constitución (C) es la norma suprema que permite la operatividad del sistema jurídico como disposición fundante y va mutando, con el tiempo.³⁰¹



³⁰¹ Op. Cit. Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, Cuestiones Relevantes*. El cuadro es tomado del mismo texto; se le añadió la letra C, para incluir a la constitución y una numeración progresiva. pp. 30-31.

La importancia de tener en consideración la diferencia entre el sistema jurídico y el orden jurídico estriba en que el participante puede verse en el supuesto de interpretar una norma derogada pero que subsiste en algunos efectos a esa derogación, como ocurre con la ultraactividad; o también puede presentarse un problema de retroactividad prohibida o permitida. Estos casos, que se ubican en el contexto del ámbito temporal de la norma, fijan la necesidad de que el participante opere en el contexto de un sistema jurídico (cuya validez normativa emana de la constitución).

Con respecto a la Constitución, Carla Huerta precisa que su validez es incuestionable, y, que sus reformas deben entenderse desde el sentido de su mutabilidad; es decir, cualquier cambio será entendido, como si siempre hubiera existido ya que la constitución mantiene su identidad a pesar de sus reformas; el propio texto asegura su permanencia a través de la regulación de los procesos de reforma, de manera que el poder reformador, encuentre límites; además en lo que concierne a los problemas de validez temporal de una reforma constitucional, estos pueden determinarse en las disposiciones transitorias, que permiten la ultraactividad³⁰² o en casos especiales, retroactividad.³⁰³

Además, es preciso que el participante tenga en cuenta que un sistema normativo, debe entenderse a partir de las características de unidad; coherencia y consistencia.³⁰⁴

Carla Huerta Ochoa, explica que la unidad, es un concepto que va de la mano con los de coherencia y consistencia; esto, debido a que no puede plantearse una idea de unidad, cuando faltan la coherencia o la consistencia; la unidad, en otros términos, da la idea de orden. La coherencia es una propiedad de

³⁰² Véase, capítulo 6, la elección de una norma válida, p. 306.

³⁰³ Huerta Ochoa, Carla, *Retroactividad en la Constitución*, en *El proceso constituyente mexicano a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, Coord. Valadés Diego y Carbonell, Miguel, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, “Las normas jurídicas son aplicables solamente a partir del cumplimiento de la condición o término previstos en los artículos transitorios para su entrada en vigor, antes no pueden ser consideradas como normas jurídicas. La retroactividad constituye una excepción a la regla general de vigencia, que tiene por objeto evitar un perjuicio derivado del cambio que se ha producido en la legislación. Por ello se ha establecido un principio de derecho en relación con la retroactividad que impide la aplicación de disposiciones a casos ocurridos con anterioridad a la expedición de una norma. pp. 582-585.

³⁰⁴ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, pp. 121-135.

las normas jurídicas del sistema que se justifica su eficacia, al regular algún aspecto necesario para la vida social; las normas de un sistema, no constituyen mandatos absurdos o distantes de la realidad; todo lo contrario, la coherencia es un atributo de la racionalidad del sistema jurídico. La consistencia, es una propiedad lógica que integra a las normas para que no se contrapongan y confluyan en la unidad del sistema, sin contradicciones, lo que supone que no deben existir normas que permitan y prohíban un mismo hecho. De surgir algún conflicto entre las normas, para conservar la unidad del sistema, tendría que expulsarse a la norma inválida, a través de la derogación. La coherencia y la consistencia pueden concurrir, ya que una inconsistencia, a su vez hará que se frustre la razonabilidad del sistema; es decir, la consistencia es una condición de la coherencia.³⁰⁵

También, los principios de coherencia y consistencia, concurren en una característica adicional que se refiere a la completud; esta idea de completud significa que en un sistema normativo, no debe haber lagunas ni contradicciones y si se presentan, sólo son aparentes porque el propio sistema contiene mecanismos para colmar las lagunas, a partir de la analogía o de la aplicación de principios y la interpretación puede despejar cualquier contradicción. Jerzy Wróblewski ubica este tema de la completud en la *ideología de la decisión racional*, y considera que las leyes emanadas del principio de división de poderes, que es la auténtica expresión de la voluntad democrática, integran un sistema jurídico que es completo, cerrado y no contradictorio.³⁰⁶

1.1. Neoconstitucionalismo.

La racionalidad como previsibilidad, en el marco de un sistema constitucional, así como la idea de que este orden se rige por un principio de supremacía constitucional, y el hecho de que ese sistema jurídico se haya concretado a partir de la decisión mayoritaria del pueblo; que exista un principio de

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Op. Cit. Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*. El autor considera que la ideología de la decisión racional es de origen liberal y pide lo imposible, porque en realidad un sistema jurídico no es completo, ni cerrado ni libre de contradicciones y el juez no puede convertirse en un simple reproductor de la voluntad democrática, sin más bien es un co-creador del derecho junto al legislador, pp. 75-77.

división de poderes, un reconocimiento de derechos, libertades y garantías para proteger esos derechos, son todos conceptos que se fueron gestando paulatinamente y que dieron lugar a la concepción de soberanía, así como al estado social y democrático de derecho; por tanto, es necesario tener una referencia sobre el desarrollo y operatividad del sistema constitucional.

El constitucionalismo, no es otra cosa que el lento racionalismo del ejercicio del poder a través de los embates y luchas sociales, que paso a paso, han ido consolidando una concepción del estado de derecho, social y democrático.³⁰⁷

El renacimiento fue incorporando las bases que dieron lugar a la ilustración, que se orientaban a la regulación y crecimiento de las relaciones comerciales en Italia hacia los años 1400 a 1530.³⁰⁸

En las ciudades de Florencia y Nápoles, surge la banca con la poderosa influencia de la familia de los Medici.³⁰⁹

En esas ciudades se concentraban las rutas comerciales procedentes del Oriente y el impulso de las actividades económicas, lo que orilló a encontrar órdenes de racionalidad útiles al comercio, apartados de fundamentos metafísicos, sustentados en la costumbre y sus prácticas.

Es en esta época cuando surge la palabra Estado, para distinguir la totalidad de las diversas comunidades políticas particulares en que estaba dividida la península itálica: Estado de Florencia; Estado de Roma. De modo que para el siglo XVI la palabra Estado se empleaba para designar a toda comunidad política autónoma.³¹⁰

Imanuel Kant, decía que la ilustración marcó el principio del abandono de nuestra minoría de edad, ya que el ser humano empezó a valerse de su propio entendimiento para decidir. Se deja de lado la justificación metafísica: el derecho natural no deriva de los mandatos de Dios sino de la naturaleza de la razón

³⁰⁷ Valadés, Diego, *La no aplicación de las normas y el estado de derecho*, en Estado de Derecho, ed. Siglo XXI, ITAM, UNAM, México 2002, p. 179.

³⁰⁸ Schwanitz, Dietrich, *La Cultura, todo lo que hay que saber*, 6ª. ed., ed. Taurus, México 2004, pp.86-88.

³⁰⁹ Ídem.

³¹⁰ Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, 21ª ed., ed. Porrúa, México 1987, p. 115.

humana, con ello, se distingue entre el derecho natural tradicional o cristiano y el iusnaturalismo racionalista.³¹¹

A fines del siglo XVIII, con el derecho natural racionalista aparece la tradición contractualista representada por Hobbes, Puffendorf, Locke, Kant y Rousseau; en esta tradición se planteó el estado de seguridad contra el *ius incertum*, al delimitar en el pacto social las cláusulas según las cuales los contratantes podrían prever las consecuencias de sus acciones y el reconocimiento expreso de sus libertades y derechos.³¹²

El orden jurídico instituido a partir del contrato social puede concebirse, a través del ejercicio de un poder llamado a dar seguridad y certeza, a estabilizar la vida y las relaciones de los individuos para respetar sus derechos y libertades.³¹³

El contractualismo definió el camino que seguiría el constitucionalismo; Hobbes y Rousseau consideraban que el poder se tenía que dividir en un sistema de contrapesos que pudieran equilibrarse, pero además era necesaria una norma fundamental que se pudiera oponer a los poderes para salvaguardar los derechos de las personas.³¹⁴

Eduardo García De Enterría, explica que en el siglo XVIII surgió la idea de que el derecho, debe constituir una expresión de la ley; anteriormente, los emperadores romanos ya habían incorporado innumerables leyes: Platón, hizo una obra llamada *Las Leyes*, en tanto que en los teólogos cristianos veían en *El Legibus*, un medio para hacer compatibles las leyes de Dios con las leyes humanas; en la Edad Media, los Reyes acordaron fueros, privilegios o rescriptos que no conforman propiamente una ley; las Partidas de Alfonso X, incluyeron a las instituciones Romanas; el Abate Mably compone un tratado de legislación que conformará la inspiración literaria para la Revolución Francesa.³¹⁵

³¹¹Op. Cit. Schmill Ordoñez, Ulises, *El Positivismo Jurídico*, En *El Derecho y la Justicia*, ed. Trotta, Madrid 2000. El autor invoca textualmente el pensamiento de Imanuel Kant: “La ilustración consiste en el hecho por el cual el hombre sale de su minoría de edad. Él mismo es culpable de ella. La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse de su propio entendimiento, sin la conducción de otro.”, p. 66

³¹²Op. Cit. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Seguridad Jurídica en El derecho y la justicia*, compilación Ernesto Garzón Valdéz *et al.*, ed. Trotta, Madrid 2000, pp. 482-483.

³¹³Ídem.

³¹⁴Fioravanti, Mauricio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, ed. Trotta, Bologna1994, p. 86.

³¹⁵García De Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, reimp., ed. Civitas, Madrid 2000,pp. 17-28.

En la ilustración, Rousseau introduce la noción de que la ley es la expresión de la voluntad general del pueblo. Sobre esta concepción Diderot, (según García de Enterría) añadiría que la ley, por ser general, es buena, pues sólo las voluntades particulares pueden ser buenas o malas o a veces pueden ser sospechosas.³¹⁶

El origen del Estado de derecho moderno se acentúa en la Revolución Francesa de 1789; precisamente con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano así como con el ascenso de la clase burguesa al poder. Los grandes dogmas del constitucionalismo europeo se postulan en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en la observancia de la ley, en la división de poderes y en la representación del poder soberano del pueblo por el parlamento.³¹⁷

El artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1789 señala:

La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden establecerse más que por la Ley.

Carlos S. Fayat, explica que el constitucionalismo se originó en realidad, con motivo de la Revolución Inglesa de 1688 derivada de los conflictos entre el Parlamento y la Monarquía, por lo que fue necesario limitar el poder con los comunes y tribunales independientes; a ello le sucedieron las cartas de las colonias inglesas, descendientes del *Mayflower*, en las que los peregrinos se comprometieron a reunirse en un cuerpo político para preservar los fines de la libertad, con leyes justas y equitativas; la convención de Williamsburg de 12 de junio de 1776 conforma el primer documento escrito que contiene los elementos de una constitución; este documento en su sección III reconocía que la *mayoría de la comunidad tiene el derecho indubitable, inalienable e indefectible de reformar el*

³¹⁶ Ídem.

³¹⁷ Moderne, Franck, *¿Cuál es el Futuro del Constitucionalismo Social?* en *Derechos Fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, p. 506.

*gobierno, cambiarlo o abolirlo del modo que juzgue más apropiado para el bien público.*³¹⁸

Enseguida, se tienen la Declaración de Independencia de Thomas Jefferson del 4 de julio de 1776; la Constitución de Estados Unidos de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; incorporándose posteriormente el Constitucionalismo Social, con la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919.³¹⁹

El constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial consolidó un instrumento de limitación y control del poder. En Inglaterra se transitó de una monarquía limitada o constitucional a un parlamentarismo democrático. En Francia se consolidó la dogmática del principio de división de poderes; la integración de derechos individuales y la concepción de soberanía nacional. En los demás países se integraron gobiernos constitucionales de las mayorías; el respeto a las minorías; se crea el control de la constitucionalidad de las leyes y el reconocimiento de derechos sociales.³²⁰

El constitucionalismo social, surgió precisamente con motivo de las constituciones de Querétaro de 1917 y la de Weimar de 1919; la primera se orientó hacia la tutela de sociedades rurales, en tanto que la última a reivindicaciones obreras, influenciadas por la revolución soviética; en términos generales el constitucionalismo social reconoce los derechos a la organización profesional, a la huelga, al acceso a la contratación colectiva, a garantizar el derecho a la equidad en las relaciones jurídicas y económicas; a gozar del servicio

³¹⁸ Fayat, Carlos S, *Derecho Político, Tomo II*, La ley, 11a ed. Buenos Aires 2003, pp. 4-10

³¹⁹ *Ibidem*, “Esta es la primera constitución escrita, que reúne todos los elementos requeridos formalmente para ser considerada tal. En ella se expresa que todo poder reside en el pueblo, y, por consiguiente, de él se deriva; que los magistrados son sus mandatarios y servidores, y en todo tiempo responsables ante él; que el gobierno debe ser instituido para el beneficio común, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad, que de todos los modos y formas de gobierno, la mejor es la que sea capaz de producir el más alto grado de felicidad y seguridad, y que esté más eficazmente garantizada contra el peligro de una mala administración; y que cuando un gobierno resulte inadecuado o contrario a estos fines, la mayoría de la comunidad tiene el derecho inalienable a reformarlo, cambiarlo o abolirlo...”, pp. 5 y 96.

³²⁰ Del Cabo, Carlos, *La función histórica del constitucionalismo en Teoría de la Constitución*, ensayos escogidos. Comp. Miguel Carbonell, ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, p. 45.

de seguridad social, y a reconocer derechos como los de la jornada, salario y descanso obligatorio.³²¹

El constitucionalismo democrático, reconoce la participación de partidos políticos; procesos electorales libres e imparciales; formas de organización política para distribuir el ejercicio del poder; sistemas plurales de representación política; en algunos casos, plebiscitos o referéndum legislativo.³²²

La creación del Tribunal Constitucional en Austria, mérito debido al famoso jurista Hans Kelsen, constituye un episodio importante para la consolidación de los estados constitucionales, pues con ello se abrió el camino a la jurisdicción constitucional, a través de la cual órganos especializados acometieron la relevante tarea de preservar el principio de supremacía constitucional. Después de la Segunda Guerra Mundial, durante el siglo XX se diseminaron estos tribunales en todos los continentes.³²³

El constitucionalismo atravesó por la transición entre el iusnaturalismo teológico (el derecho ha sido impuesto por la voluntad divina, su desobediencia es pecado) y el iusnaturalismo racionalista con la secularización del derecho (el estado se ve limitado por una ley natural) pero, se enriqueció con las experiencias históricas de la independencia de Estados Unidos y la literatura: *El Sentido Común; El Federalista, El judicial review de la Constitución de Vermont de 1777; el caso Marbury vs. Madison*, La Declaración de Derechos Universales del Hombre de 1789 y las obras de los pensadores de la Ilustración.³²⁴

En el capítulo 78 de *El Federalista*, Hamilton expone los argumentos básicos que construirán al *judicial review*, al señalar que la constitución es la ley suprema; el mandato es el centro y el punto de referencia, para que todo acto

³²¹ Op. Cit. Valadés, Diego, *La no aplicación de las normas y el estado de derecho*, pp. 143-144.

³²² Ídem.

³²³ Baldivieso Guzmán, René. *Tribunales Constitucionales y Democracia* en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo II *Tribunales Constitucionales y Democracia*, México 2008, p. 752.

³²⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ed. Trotta, Madrid 2009, pp. 50-51.

delegado, que lo contravenga, sea considerado nulo. De otro modo, el mandatario podría superar al mandato.³²⁵

El constitucionalismo, según Luigi Ferrajoli, es un sistema de vínculos sustanciales; de prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes públicos incluyendo al poder legislativo. El estado constitucional es un triunfo para el derecho y la democracia, conforme al cual la rigidez de las constituciones, permite fijar un mínimo de racionalidad en la configuración del estado de derecho, a través de un procedimiento especial de reformas y un control judicial de la constitucionalidad de leyes. La carta de la ONU, ha extendido el ámbito de tutela de los derechos humanos, al plano internacional, de modo que los países se comprometan a asegurar la paz entre las naciones y el respeto a los pactos internacionales sobre derechos humanos en el contexto de una cooperación supranacional, en la que el garantismo pretende dar el máximo de efectividad a los derechos constitucionales.³²⁶

En este sentido, los problemas derivados del contenido de la norma deben orientarse hacia los principios emanados de la carta fundamental, pues el paradigma del constitucionalismo abandona las expresiones del derecho positivo, que veían en la ley la fuente principal y en los problemas de interpretación, un espacio abierto a una discrecionalidad fuerte. En contrapartida, al constitucionalismo le importa una teoría de la argumentación que se funde en una discrecionalidad débil pues la premisa sobre la que descansa supone una expansión de principios que irradian sobre el legislador y por supuesto sobre el control que ejercen los jueces constitucionales.

El paradigma de la democracia constitucional, en este enfoque debe comprender, por lo menos, una triple tarea; considerar además de los derechos de libertad, los derechos sociales; ampliar el ámbito de tutela no sólo hacia los organismos que detentan el poder público, sino a los poderes privados y; extender

³²⁵ Ídem.

³²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales en* Carbonel, Miguel. Comp. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, ed. Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid 2007, p. 71.

esa misma protección no sólo con respecto al derecho interno, sino incluyendo al derecho internacional.³²⁷

A finales de los años sesenta y en los años ochenta, se va desarrollando la concepción del estado bienestar, primero mediante la participación en acciones de carácter económico, encaminadas a regular las imperfecciones y desigualdades propias de un sistema de libre mercado; luego, con la incorporación de derechos sociales, que tutelan prerrogativas para la clase trabajadora y derechos a la salud; la protección del medio ambiente, la flora y fauna; previsiones para catástrofes naturales; acceso a la educación, empleo; protección al consumidor. En este estado bienestar, la racionalidad deja de ser puramente formal, pues el proyecto del Estado ha incorporado la ejecución de programas que deben cumplirse para justificar su nuevo papel, ya no sólo mediante la tutela negativa de las libertades, que se traduce en un no hacer frente a las prerrogativas mínimas del individuo o el respeto al ejercicio de los derechos humanos, sino más bien, la nueva racionalidad se enfoca hacia acciones positivas orientadas a la promoción de derechos sociales, económicos y culturales.³²⁸

El constitucionalismo ha evolucionado a lo que actualmente se ha denominado neoconstitucionalismo, que en realidad se trata de una noción que concentra aquellas características relevantes de los estados constitucionales modernos que ven en el derecho, el medio más eficiente para organizar una sociedad.

Tales características del neoconstitucionalismo, por supuesto incorporan el principio de supremacía constitucional; una relación necesaria o a veces contingente entre el derecho y la moral, no como un catálogo de disposiciones éticas, sino un conjunto de principios que integran a la sociedad, un código de valores, necesarios para la vida en común y que sirven de guía para interpretar el alcance de la ley. En este sentido, la obligación de cumplir con las normas, no sólo se torna en un deber jurídico, sino en una obligación ética. A la par, el garantismo conforma una vía para hacer asequibles las prerrogativas concedidas por la

³²⁷ Ídem.

³²⁸ Calvo García, Manuel, *Transformaciones del Estado y del Derecho*. Sociología Jurídica y Política 1, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, pp. 55-91.

constitución de una forma efectiva, para lo cual se integra un sistema de control constitucional abstracto o concreto, a priori o a posteriori de cualquier acto que pueda lesionar algún derecho emanado de la Constitución; así como los límites al poder político y una esfera de competencia judicial que sea un permanente filtro para salvaguardar los derechos constitucionales en un ámbito supranacional, con una visión externa que puede dar mayores alcances a la tutela de las garantías constitucionales.

Prieto Sanchís³²⁹ precisa que el neo constitucionalismo, se delimita a partir de, por lo menos cinco, epígrafes:

- 1) Más principios que reglas.
- 2) Más ponderación que subsunción.
- 3) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y conflictos.
- 4) Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario.
- 5) Coexistencia de una pluralidad de valores.

Esta delimitación de características es compatible con las apuntadas por Robert Alexy, según lo precisa el propio Prieto Sanchís, en *El concepto y la validez del derecho*.³³⁰

En lo particular Alexy explica que en la República Federal Alemana, en la resolución del caso *Lüth* de 1958, del Tribunal Constitucional, se dejó aclarado que la ley fundamental, que contiene un capítulo de derechos, irradia sobre la legislación y la administración de justicia un orden objetivo de valores implícitos en conceptos como dignidad, libertad, igualdad, estado de derecho, democracia, y estado social. Con tales valores se hacen necesarios juicios de ponderación, más que la subsunción o la aplicación de una norma a un caso particular.³³¹

La decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, conformó un paradigma en el reconocimiento de valores o principios contenidos en la

³²⁹ Op.Cit., Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, p 117.

³³⁰ Ídem.

³³¹ Op. Cit. Alexy Robert, *El concepto de validez del derecho*, pp. 159-161.

constitución; lo que a su vez llevó a considerar a la ponderación, en lugar de la subsunción.³³²

En 1985 la posición disidente de los jueces *Böckenförde* y *Mahrenholz* en el fallo del Tribunal Constitucional Alemán sobre la duración del servicio civil de los objetores de conciencia, se perfiló a criticar la posición mayoritaria en el sentido de que el derecho aplicable, tendría como sede el juicio de ponderación del juez y no la Constitución y consecuentemente los derechos fundamentales, quedarían supeditados a conformar puntos de vista para una ponderación.³³³

Con relación a esa disidencia de los jueces *Böckenförde* y *Mahrenholz*, Alexy explica, que a fin de no cerrar el camino a la racionalidad, es indispensable acoger un sistema de normas y principios, pues si bien hay algunas antinomias que pueden resolverse desde la validez, rechazando una de las normas que entra en contradicción; con los principios el problema no es tan simple. Se trata de dos principios válidos que entran en pugna y en los que se debe evaluar cuál debe prevalecer, lo que no podría resolverse a partir de un esquema de normas.

Lo anterior, se ejemplifica con una resolución del Tribunal Constitucional Alemán, en el que se debe decidir entre la obligación que tiene un individuo de comparecer a una audiencia en un juicio penal y el riesgo que podría sobrevenir en su salud con esa comparecencia, ya que podría sufrir un derrame cerebral, que podría causarle la muerte o causarle graves daños a su salud. En este caso, el problema es sobre una colisión de principios, por un lado, se tiene el que corresponde a la obligación del Estado de que se apliquen las disposiciones legales en los juicios penales; pero por la otra, el derecho a preservar la salud y la vida del procesado.³³⁴

Otra razón que apunta Alexy, para apoyar un sistema de normas y principios, consiste en que la solución de las lagunas, no podría prosperar racionalmente sin asistirse de principios que puedan colmar la ausencia de regulación a un caso no contemplado expresamente en el derecho.

³³² Ídem.

³³³ Ídem.

³³⁴ *Ibidem* p. 163.

Por lo demás, un sistema de normas y principios, amerita de por lo menos cuatro aspectos esenciales vinculados con la argumentación: 1) Un alto grado de claridad lingüística-conceptual; 2) Un grado sumo de información empírica; 3) Un grado sumo de universalidad; y, 4) Un grado sumo de ausencia de prejuicios.³³⁵

Podemos considerar que la evolución de la ciencia jurídica es producto de una permanente renovación de las fuerzas sociales que pugnan por cambios dramáticos en el orden jurídico; paradójicamente, los sistemas normativos, conforman un replanteamiento constante entre lo irracional y lo racional.³³⁶

El principio de división de poderes; el reconocimiento de derechos fundamentales; los principios de igualdad, legalidad, seguridad jurídica, supremacía constitucional; la conquista de los derechos sociales, la independencia judicial; el fortalecimiento de los sistemas democráticos y de los organismos internacionales que velan por el respeto a los derechos humanos, han contribuido a generar un racionalismo sustentado en lo que se conoce hoy como neoconstitucionalismo; este concepto es el referente primario para el participante, en que se fundan las expectativas del afectado y del observador y en el que se deberá sustentar la argumentación garantista, que haga compatible la efectividad de los derechos y principios reconocidos en la constitución.

2. El camino hacia el neoconstitucionalismo en México

En el siglo XIX, México ha tenido seis Constituciones y dos Estatutos Provisionales correspondientes a los Imperios; en el siglo XX, la Constitución de 1917 vigente.³³⁷

³³⁵ Ibídem p. 176.

³³⁶ Krawietz, Werner, *Derecho y racionalidad en la Moderna Teoría del Derecho en Derecho y Filosofía*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 3ª ed., vol. 20, ed. Fontamara, México 1999. "El orden jurídico en su totalidad aparece en gran parte, o hasta exclusivamente, como un *producto o expresión de factores irracionales*. Según esta concepción, la decisión judicial no está guiada primordialmente por criterios racionales, sino que es determinada en gran medida por *factores irracionales*. También en la dependencia de la decisión con respecto a las *propias valoraciones del juez*, se ve un déficit de racionalidad, que sólo puede ser superado limitadamente por *controles racionales*." p. 162.

³³⁷ Galeana, Patricia, *Notas introductorias en El Constitucionalismo Mexicano, Influencias Continentales y Transatlánticas*, ed. Siglo XXI, Senado de la República, Comisión especial encargada de los festejos del Bicentenario de la Independencia y del Centenario de la Revolución Mexicana, México 2010, pp. 13-16.

En la lucha por la independencia de México (1810-1821), el Congreso Constituyente de Chilpancingo, promulgó la Constitución de Apatzingán en 1814; esta Constitución tuvo influencia francesa.³³⁸

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, fue de influencia norteamericana; se incorporó el sistema federal y presidencialista; los estados serían libres y soberanos y el poder supremo de la nación se dividiría en legislativo; ejecutivo y judicial.³³⁹

La Constitución de 1836, contenida en siete leyes, creó un cuarto poder; el Supremo Poder Conservador, cuya función era regular el ejercicio de los demás poderes para que no sobrepasaran los límites de sus competencias. Esta constitución fijó un régimen centralista.³⁴⁰

Entre 1842 y 1843 se instaló una segunda República; pues se disolvió al Congreso que pretendía restaurar el régimen federal; por consiguiente, en 1843 se restableció el régimen centralista aunque se suprimió el Supremo Poder Conservador.³⁴¹

En 1847, después de haber iniciado la invasión de Estados Unidos (1846-1848 con la firma del Tratado de Guadalupe-Hidalgo, en donde se cedió casi la mitad del territorio) se aprobó la restauración de la Constitución de 1824 con un Acta de Reformas, en la que se suprimió al vicepresidente. La importancia de este documento estriba en el hecho de que se creó el juicio de amparo, que tutelaba los derechos de libertad, seguridad, propiedad e igualdad.³⁴²

Entre 1850 y 1855 tiene lugar la Revolución de Ayutla, en 1854 se promulgó el Plan de Ayutla; Juan N. Álvarez tiene un papel destacado en esta época; en este plan se proponía desconocer a Santa Anna como presidente, ante las inconformidades por la venta de la Mesilla y crear un Congreso Constituyente, que aprobó la Constitución de 1857.³⁴³

³³⁸ Ídem.

³³⁹ Ídem.

³⁴⁰ Ídem.

³⁴¹ Ídem.

³⁴² Ídem.

³⁴³ Ídem.

La Constitución de 1857 reconoce un capítulo de garantías individuales, conforma un sistema federal, incluye tácitamente la libertad de religión.³⁴⁴

Carla Huerta Ochoa, explica que la Constitución de 1857, se integró de las partes esenciales constituidas por: derechos fundamentales, división del poder y control de constitucionalidad, en el marco de un estado liberal.³⁴⁵

En México, en 1881, se registra el primer antecedente en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó el principio de supremacía constitucional.

Justo Prieto, como asesor de un juzgado de Hidalgo, en el año de 1881, emitió un dictamen para que su juez no aplicara una ley local que consideraba como delito el hecho de que alguien huyera del servicio de su amo; esto, porque era contraria a por lo menos siete disposiciones de la Constitución de 1857 y, consecuentemente aconsejó a su juez que pusiera en libertad a los sirvientes que habían sido capturados por huir del servicio de su amo.

El Tribunal del Estado de Chihuahua consideró que Prieto, en el ejercicio de su función como asesor del juez, había cometido el delito de dar consejos contra una ley expresa y de emplear un lenguaje irrespetuoso, por lo que fue suspendido de su encargo.

Contra esa determinación Prieto pidió amparo ante un juez federal, quien lo amparó parcialmente; por lo que impugnó esa resolución ante la Suprema Corte de Justicia, en donde Ignacio L. Vallarta, al conocer del asunto, amparó completamente a Prieto, sobre la consideración de que no podía constituir un delito pronunciarse en contra de una ley que se opone a la Constitución.³⁴⁶

En 1917 se promulgó la Constitución que rige la vida actual en México; es uno de los primeros documentos que incorporó el reconocimiento sobre los derechos sociales, al incluir en su texto el artículo 123 Constitucional, relacionado con los derechos de la clase obrera; también en el artículo 27 se reconocieron los derechos de la clase campesina y pese a que el poder se concentró en un

³⁴⁴ Ídem.

³⁴⁵ Op. Cit. Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, Cuestiones Relevantes*. p. 57.

³⁴⁶ Op. Cit. Mirow, M.C., *Ignacio Vallarta y el Constitucionalismo Mexicano*, en Galeana, Patricia, (comp.), *El Constitucionalismo Mexicano Influencias Continentales y Transatlánticas*, México, 2010, pp.49-51 El autor explica que Vallarta se apoyó en las opiniones de Marshal en *Marbury*, y en Alexander Hamilton. La conclusión de Vallarta fue: *ha llegado por esto a ser un principio indisputable en este país, que pertenece al Poder Judicial el deber de declarar nula y de ningún valor la ley expedida en violación de la Constitución*.

régimen presidencialista por varios años, a partir de 1963, inició un lento movimiento hacia la democracia que ha ido fortaleciéndose.

En los últimos diez años la Constitución Mexicana ha sido objeto de cerca de 50 reformas; entre las más importantes, se deben destacar, la llamada reforma indígena (Diario Oficial de la Federación 14 de agosto de 2001); la implementación del sistema de justicia penal para adolescentes (12 de diciembre de 2005); el reconocimiento al derecho a la información (Diario Oficial de la Federación 20 de julio de 2007); el sistema penal acusatorio y extinción de dominio (Diario Oficial de la Federación de 19 de junio de 2008); la inclusión de acciones colectivas (29 de julio de 2010) y últimamente las reformas sobre derechos humanos, (Diario Oficial de la Federación, 6 y 10 de junio de 2011).

Las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, introducen cambios trascendentales para el funcionamiento del sistema jurídico nacional, particularmente en el control de la constitucionalidad de actos y leyes a través de las reformas al juicio de amparo y la inserción de las figuras del control difuso de constitucionalidad y control de convencionalidad.

Las de 6 de junio se centran en el juicio de amparo. Se establecen casos de procedencia por la violación a algún derecho humano contenido en algún tratado internacional suscrito por México; se introducen las figuras del amparo adhesivo; la posibilidad de que proceda el amparo cuando se lesionen intereses legítimos o colectivos o con motivo de omisiones de las autoridades; la declaratoria general de inconstitucionalidad de leyes y la conformación de Plenos de Circuito para resolver criterios contradictorios, así como la incorporación de la figura de sustitución de la jurisprudencia, precisado en el artículo 94 Constitucional.

La reforma Constitucional de 10 de junio de 2011, fija en el Título Primero de la Constitución, que en el capítulo I se denomina ahora *De los Derechos Humanos y sus Garantías*, la tutela de los derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales suscritos por México, así como las directivas de interpretación de estos últimos, a favor de la protección más amplia, sobre la base de los principios de progresividad, universalidad, interdependencia e indivisibilidad.

Entre los distintos mecanismos de control de la constitucionalidad en el derecho procesal constitucional mexicano, el juicio de amparo juega un papel especial.

El juicio de amparo tiene una larga tradición desde su concepción en el proyecto para la Constitución del Estado de Yucatán de 1840 por Manuel Crescencio Rejón; luego con el Acta de Reformas de 18 de mayo de 1847, derivadas de las modificaciones que se hicieron a la Constitución de 1824; posteriormente con su incorporación en la Constitución de 1857, cuando precisamente se planteó una discusión fundada en los alcances del artículo 14 de esa Constitución. Con motivo de los tres siglos de centralismo que había vivido México, las audiencias se concentraron en las ciudades de México y Guadalajara; luego se debieron de instalar Tribunales Superiores en los Estados a los que se les guardaba una gran desconfianza, entre otras razones, por su dependencia con los gobernadores.³⁴⁷

La interpretación aludida del artículo 14 de la Constitución de 1857 fue adquiriendo mayor precisión, los abogados presionaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para sustraer de las decisiones de los tribunales de los estados el control sobre la interpretación de la ley e incluso sobre la aplicación de las leyes de los estados. Esto dio lugar a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación declarara la inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley de Amparo de 1869, que prohibía la interposición del amparo contra sentencias judiciales.³⁴⁸

De esta suerte en la Constitución de 1917, se delimitó la posibilidad de enderezar el juicio de amparo contra sentencias judiciales, conforme a los artículos 103 y 107, en concordancia con los diversos 14 y 16 del mismo ordenamiento. Con esto, el ámbito protector del juicio de amparo se ha extendido al punto en que en casos muy excepcionales resulta improcedente; para enunciar algunos supuestos, por ejemplo, las resoluciones en materia electoral; las decisiones del Congreso Federal sobre procedibilidad en el enjuiciamiento de altos

³⁴⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003. pp. 11-16.

³⁴⁸ Ídem.

funcionarios federales y locales por delitos comunes, conforme a los artículos 33 y 111 constitucionales, y 73 de la Ley de Amparo.³⁴⁹

No obstante, se debe tener presente que las últimas reformas constitucionales que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 6 y 10 de junio de 2011, generarán un cambio trascendental en el esquema tradicional del estado de derecho. Los artículos modificados, reformados y adicionados, se insertan en el siguiente cuadro comparativo.³⁵⁰

| | |
|--|--|
| ARTÍCULO 1o. (DOF 10-06-2011) | Modificación: Párrafos 1o y 5o. |
| | Adición: Párrafos 2o y 3o, recorriéndose los actuales en su orden. |
| ARTÍCULO 3o. (DOF 10-06-2011) | Modificación: Párrafo 2o. |
| ARTÍCULO 11 (DOF 10-06-2011) | Modificación: Párrafo 1o. |
| | Adición: Párrafo 2o. |
| ARTÍCULO 15 (DOF 10-06-2011) | Modificación: Párrafo Único. |
| ARTÍCULO 18 (DOF 10-06-2011) | Modificación: Párrafo 2o. |
| ARTÍCULO 29 (DOF 10-06-2011) | Adición: Párrafos 2o., 3o, 4o.y 5o. |
| ARTÍCULO 33 (DOF 10-06-2011) | Modificación: Párrafo 1o. |
| | Adición: Párrafo 2o, recorriéndose el actual en su orden. |
| ARTÍCULO 89 (DOF 10-06-2011) | Modificación: Fracción X |
| ARTÍCULO 94 (DOF 06-06-2011) | Modifica el párrafo ubicado actualmente en octavo lugar. |
| | Se incorpora un nuevo párrafo para quedar en séptimo lugar y se incorpora otro nuevo párrafo para quedar en noveno lugar. |
| ARTÍCULO 97 (DOF 10-06-2011) | Modificación: Párrafo 2o |
| ARTÍCULO 102 (DOF 10-06-2011) | Modificación: Párrafo 2o.y 3o, Apartado B. Los nuevos párrafos 5o, 80 y 11o, Apartado B, recorriéndose los actuales en su orden. |
| ARTÍCULO 103. (DOF 06-06-2011) | Reformado |
| ARTÍCULO 104 (DOF 06-06-2011) | Reformado |
| ARTÍCULO 105 (DOF 10-06-2011) | Modificación: Inciso g) de la fracción II. |
| ARTÍCULO 107 (DOF 06-06-2011) | Reforma párrafo inicial; las fracciones I y II, el inciso a) de la fracción III, las fracciones IV, V y VII; el inciso a) de la fracción VIII; las fracciones IX, X, XI. XIII. XVI y XVII. |
| | Se deroga la fracción XIV. |

³⁴⁹ Ídem.

³⁵⁰ (<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>) El cuadro comparativo se obtuvo de la página de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Con estas reformas y las casi 50 de la última década se puede señalar que por lo menos, desde un enfoque constitucional, el sistema normativo se ha orientado sobre las características del neoconstitucionalismo, en donde se busca una compatibilidad entre el derecho interno y externo en materia de derechos humanos; además de la preeminencia de la constitución por encima de cualquier autoridad, mediante la figura del control convencional, que involucra una variedad de distintas posibilidades de salvar conflictos normativos entre la ley, la constitución y los tratados. En esta nueva configuración no se debe descuidar la concepción política de un estado bienestar, esto particularmente a raíz de la reforma de 29 de junio de 2010 al artículo 17 constitucional que abre la posibilidad de acceder a la justicia a quienes forman parte de una colectividad, mediante la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

2.1 El nuevo juicio de amparo

En las recientes reformas al juicio de amparo, el artículo 103 se precisa en la fracción I, la procedencia del juicio de amparo, contra normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen derechos humanos y garantías otorgadas para su protección por la Constitución y por los Tratados Internacionales en los que México sea parte. En las fracciones II y III se sustituyó el término normas generales, por el de leyes.

El término normas generales, ha sido delimitado en las acciones de inconstitucionalidad. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P.V/2009, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXIX, Abril de 2009, página 1106, precisa que las normas generales son las leyes ordinarias federales o locales, expedidas por los órganos legislativos así como los tratados internacionales, sin comprender las reformas constitucionales.

Por su parte, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, incluye dentro del concepto normas generales, a las emitidas con fundamento en el artículo 115, fracción II de la Constitución, como se advierte de

la tesis de jurisprudencia 2ª./J.81/2008 que aparece en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXVII, Mayo de 2008, página 13, que señala que en las sentencias de amparo indirecto cuando se declare la inconstitucionalidad de un bando de policía y buen gobierno, reglamento, circular y disposiciones administrativas de observancia general, los Ayuntamientos tendrán legitimación para interponer recurso de revisión.

En el artículo 107 Constitucional, se introducen algunos de los siguientes cambios:

a) Se establece la procedencia del amparo a quien tenga un derecho, interés legítimo, individual o colectivo, por una violación directa o indirecta a los derechos reconocidos por la Constitución. No obstante, si se reclama una resolución emanada de un tribunal judicial, administrativo o de trabajo, el quejoso habrá de contar con un derecho subjetivo.

El interés legítimo se ubica en un punto intermedio entre el interés simple y el interés jurídico. Se trata del interés que surge con motivo de la especial situación que guarda la persona frente al orden jurídico. La jurisprudencia ha desarrollado ya este concepto en materia administrativa. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 141/2002, ha precisado el alcance de los conceptos interés jurídico e interés legítimo.

INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. De los diversos procesos de reformas y adiciones a la abrogada Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, y del que dio lugar a la Ley en vigor, se desprende que el legislador ordinario en todo momento tuvo presente las diferencias existentes entre el interés jurídico y el legítimo, lo cual se evidencia aún más en las discusiones correspondientes a los procesos legislativos de mil novecientos ochenta y seis, y mil novecientos noventa y cinco. De hecho, uno de los principales objetivos pretendidos con este último, fue precisamente permitir el acceso a la justicia administrativa a aquellos particulares afectados en su esfera jurídica por actos administrativos (interés legítimo), no obstante carecieran de la titularidad del derecho subjetivo respectivo (interés jurídico), con la finalidad clara de ampliar el número de gobernados que pudieran acceder al procedimiento en defensa de sus intereses.

Así, el interés jurídico tiene una connotación diversa a la del legítimo, pues mientras el primero requiere que se acredite la afectación a un derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.³⁵¹

En cuanto a la violación de un interés individual o colectivo, está inspirada en la figura de la tutela jurisdiccional colectiva y se refiere a intereses o derechos que trascienden al individuo considerado singularmente. En la doctrina estos intereses se clasifican como meta-individuales y se refieren a aquellos que corresponden a una entidad social que no puede determinarse, por su extensión o cualidad, por lo que se llaman intereses o derechos difusos; y hay otros que se llaman intereses o derechos colectivos que si pueden atribuirse a comunidades, que se caracterizan por conformar algún grupo, clase o categoría. Conforme a la clasificación precedente, puede plantearse una defensa individual de derechos difusos o colectivos; o bien, una defensa colectiva de estos derechos.³⁵²

Por otra parte, en la reforma constitucional del 29 de julio de 2011 al artículo 17, se introdujo la procedencia de las acciones colectivas; el 30 de agosto de 2011 se publicaron las reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles, que delimitan los conceptos de estas acciones, y se delimitan los conceptos de interés colectivo o interés individual, derivado de este último, como aparece en los artículos 578 a 581 del citado ordenamiento legal.

Artículo 578.- La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.

Artículo 579.- La acción colectiva es procedente para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas.

³⁵¹9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Diciembre de 2002, p. 241.

³⁵² Venturi, Elton, *¿Qué significa tutela jurisdiccional colectiva?* En *Código Modelo de Procesos Colectivos, Un diálogo iberoamericanos, comentarios por artículo*, coord. Gidi, Antonio; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2008, p 1.

Artículo 580.- En particular, las acciones colectivas son procedentes para tutelar:

I. Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes.

II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.

Artículo 581.- Para los efectos de este Código, los derechos citados en el artículo anterior se ejercerán a través de las siguientes acciones colectivas, que se clasificarán en:

I. Acción difusa: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.

II. Acción colectiva en sentido estricto: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

III. Acción individual homogénea: Es aquélla de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.

El Código Federal de Procedimientos Civiles, precisa que el ámbito material de validez se concreta a relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente; sin embargo, en el juicio de amparo, estos intereses pueden extenderse a los derechos humanos de naturaleza social; lo que indudablemente abre un panorama importante de tutela, estos derechos, podrían

constituirse, a manera de ejemplo: por el derecho al agua, a la salud, al medio ambiente, a la vivienda, a los derechos de asociación y se deben incorporar todos los derechos sociales, culturales y de las minorías que puedan contenerse en los distintos instrumentos internacionales firmados por México.

b) Se aminora el alcance del principio de relatividad de las sentencias contemplando la posibilidad de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tenga efectos generales, siempre que la inconstitucionalidad se haya reiterado para integrar jurisprudencia y si concurren los siguientes requisitos:

I. Que transcurra el plazo de noventa días sin que se haya subsanado el vicio de inconstitucionalidad la autoridad emisora.

II. Se debe emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad con una votación calificada de por lo menos, ocho ministros, en la que se deben fijar los alcances y términos de la declaratoria general.

III. La declaración general de inconstitucionalidad no procederá contra normas generales en materia tributaria.

c) Estudio forzoso por parte de los Tribunales Colegiados de Circuito, de las violaciones procesales en amparo directo; las alegadas por las partes y las que advierta, cuando opere la suplencia de la queja, sin la posibilidad de que se puedan analizar en un amparo posterior.

d) Se ha instrumentado la procedencia del amparo adhesivo por la parte que obtuvo una sentencia favorable.

e) Se contempla la existencia de Plenos de Circuito para resolver criterios contradictorios entre Tribunales Colegiados que pertenezcan a un mismo circuito.

f) Se afinan algunos aspectos sobre la inejecución de las sentencias de amparo; la repetición del acto reclamado y el cumplimiento a los autos de suspensión.

3. Sistema subsidiario, control difuso de constitucionalidad y control de convencionalidad

Es de especial importancia invocar los párrafos segundo y tercero del artículo 1 de la Constitución, pues rompen con el paradigma del control

concentrado de la constitucionalidad de los actos y el orden jerárquico tradicional que se había asignado a los tratados internacionales, al ubicarlos debajo de la Constitución. Dicho párrafo dice lo siguiente:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En el tema del control difuso se puede considerar en términos generales como aquél sistema que permite a cualquier autoridad jurisdiccional, ejercer un control de la constitucionalidad de las leyes que aplica al caso concreto. Este sistema se aplica en Estados Unidos de América, Japón, Noruega, Dinamarca y Suecia, el trámite se realiza por vía incidental.³⁵³

Asimismo, con respecto al control difuso de la constitucionalidad de los actos, el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien falleció recientemente, José de Jesús Gudiño Pelayo, propuso una interpretación del artículo 133 Constitucional; esto, en el año 2004, en la que, en términos generales, considera que existe un sistema complementario de control difuso de la constitucionalidad de los actos, conforme al cual las autoridades locales no pueden realizar directamente un control de la constitucionalidad, porque el principio de relatividad en el juicio de amparo contra leyes, exige que la declaratoria de inconstitucionalidad se verifique a través del juicio de amparo; pero además, precisa que el control difuso es complementario del control concentrado cuando se ha hecho una declaratoria general de inconstitucionalidad que constituye jurisprudencia, porque a partir de esta, todas las autoridades pueden por vía de la jurisprudencia, ejercer dicho control de la constitucionalidad, pero no en forma directa. Además, explicó que el hecho de que la Constitución de 1917,

³⁵³ Cappelletti, Mauro, *Leyes bajo el perfil "modal"*, en OBRAS, *La Justicia Constitucional*, ed. Porrúa, México 2007, pp. 86 y 87.

fuera una reproducción de la de 1857 de influencia norteamericana, no era una razón suficiente para que se interpretara el artículo 133 a la luz de esta influencia norteamericana en el sentido de aceptar un control difuso por todas las autoridades.³⁵⁴

El control concentrado de la constitucionalidad, es el que ejercen tribunales especializados.

El sistema Austríaco es característico del control concentrado pues existe un tribunal constitucional especializado que reúne la competencia para decidir cuestiones de constitucionalidad de leyes. Lo que implica el ejercicio de una acción especial desvinculada de los casos concretos y los jueces comunes se ven impedidos a no aplicar una norma que sea contraria a la Constitución. Este modelo tradicionalmente radical, ha ido atemperando su rigidez y se han adoptado algunas medidas para facilitar el control, como ha ocurrido en Alemania e Italia, en donde se puede plantear por los jueces comunes, la posibilidad de que cuestionar la constitucionalidad de la ley que deben aplicar, ante un órgano especializado.³⁵⁵

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, explica que a partir de la segunda mitad del siglo pasado, se han amalgamado el derecho procesal y el derecho constitucional, con motivo de los distintos estudios sobre los mecanismos de control constitucional y las normas adjetivas necesarias para su ejercicio.³⁵⁶

Entre los distintos temas que han surgido con el derecho procesal constitucional, se ha advertido la naturaleza transnacional de la jurisdicción constitucional, como lo señala Capelleti.³⁵⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido uno de los organismos internacionales que se ha ocupado de ejercer una jurisdicción supranacional en la evaluación del control convencional del derecho interno con el derecho internacional.

³⁵⁴ http://www2.scjn.gob.mx/ministrogudino/documents/articulos/control_difuso.pdf (08 agosto 2012).

³⁵⁵ Op.Cit. Cappelletti, Mauro. *Leyes bajo perfil "modal"*, pp. 91-92.

³⁵⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Intérprete Constitucional*, en *Interpretación Constitucional*. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo [coord.], ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, México 2005, pp. 521-536.

³⁵⁷ Ídem.

Las reformas Constitucionales y legales de 1994-1996 en México, generaron una profunda transformación en el derecho procesal constitucional. La incorporación de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales, fortalecieron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituyéndola como un auténtico tribunal constitucional.³⁵⁸

En cuanto al control constitucional concentrado o difuso, en México a partir de una reforma al artículo 99 de la Constitución, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007, se facultó al Tribunal Electoral la posibilidad de ejercer un control difuso de la constitucionalidad de leyes, precisamente en la fracción IX, que en su tercer párrafo señala:

Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había considerado (hasta antes del expediente varios 912/2010) que por lo que ve a las demás autoridades, carecían de competencia constitucional sobre control de leyes, ya que el artículo 133 de la constitución no faculta su control difuso, como se indica en la tesis siguiente.

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones

³⁵⁸ Astudillo Reyes, Cesar. *El sistema mexicano de justicia constitucional* en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et al.* [Dir] *Revista Iberoamericana d Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 4, julio-diciembre, ed. Porrúa, México 2005, p. 30

materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.³⁵⁹

El control difuso de constitucionalidad y el control de la convencionalidad, entre el derecho interno y el derecho internacional, han sido motivo de discusiones recientes, derivadas de la interpretación del artículo 1, párrafo segundo de la Constitución Mexicana, recién reformado.

Los días 11 y 14 de julio de 2011, en sesiones públicas del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se resolvió la consulta a trámite del expediente 912/2010 de varios, relacionada con la resolución de siete de septiembre de dos mil diez, dictada en el expediente Varios 489/2010, derivada de la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos.

En esas sesiones se realizó una interpretación del artículo 1, párrafos segundo y tercero, de la Constitución, reformados recientemente, e inevitablemente se discutieron los temas relativos al control de la convencionalidad; el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.³⁶⁰

En la sesión del día 14 de julio, el Ministro José Ramón Cossío hizo un recuento de las conclusiones que se habían obtenido de la sesión anterior. Anotó seis puntos para fijar los términos en los que se debía dar cumplimiento a la sentencia de 23 de noviembre de 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el punto 3, destacó el párrafo 339 de la sentencia del caso Radilla, para relacionarla con el artículo 1, reformado, de la Constitución.

El párrafo 339 de la sentencia del caso Radilla dice lo siguiente:

³⁵⁹ 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Agosto de 1999, p. 5

³⁶⁰ <http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Documents/Taquiograficas/2011/Julio/pl20110714v2.pdf>

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Con respecto a la forma de dar cumplimiento al control de la convencionalidad, el ministro José Ramón Cossío propuso lo siguiente:

*En relación al párrafo 339 de la sentencia que nos ocupa, y dado los alcances de esta resolución dictada por este Tribunal Pleno, todos los jueces del Estado Mexicano **a partir de este momento** y de conformidad con el artículo 1º constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que a su juicio consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los tratados en materia de derechos humanos.*

El ministro Cossío, también solicitó la modificación de la jurisprudencia P.J.74/99.

En el curso de la votación el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reiteró el sentido de las decisiones que habían sido objeto de votación en sesiones anteriores, al precisar:

POR MAYORÍA DE SIETE VOTOS DE LOS SEÑORES MINISTROS COSSÍO DÍAZ, FRANCO GONZÁLEZ SALAS, ZALDÍVAR LELO DE LARREA, VALLS HERNÁNDEZ, SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, ORTIZ MAYAGOITIA Y PRESIDENTE SILVA MEZA, se determinó que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339, de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511. Rosendo Radilla Pacheco, contra los Estados Unidos Mexicanos, y en los artículos 1º, 103, 105 y 133, de la Constitución Federal, propuesto por el señor Ministro Cossío Díaz, es en el sentido de que: 1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de

amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos. 2. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones. Y 3. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos. Votaron en contra los señores Ministros: AGUIRRE ANGUIANO, PARDO REBOLLEDO, por estimar que ésta no es la instancia adecuada para realizar este análisis, y AGUILAR MORALES, por la razón aducida por el señor Ministro Pardo Rebolledo

Como se puede advertir del resumen de los puntos que fueron votados en la sesión del 11 de julio, el Ministro Presidente partió de una clasificación tripartita:

- I. Los jueces del Poder Judicial de la Federación que realicen funciones de control de la constitucionalidad por vía de amparo, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales. Estos jueces podrán declarar la invalidez de normas que contravengan la Constitución y los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos.
- II. Los demás jueces pueden desaplicar una norma que contravenga la Constitución y los Tratados Internacionales, limitándose a hacerlo en el caso concreto, sin una declaración de invalidez.
- III. Las demás autoridades que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deberán hacer una interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos, para resolver conforme al principio de lo más favorable.

Según la precisión hecha por el Ministro Presidente, la votación que se obtuvo en los anteriores puntos fue de siete votos contra el voto de los Ministros: Salvador Aguirre Anguiano, José Mario Pardo Rebolledo y Luis María Aguilar Morales.

En el curso de la sesión se repasaron nuevamente los seis puntos propuestos por el Ministro José Ramón Cossío Díaz y cuando se llegó al punto 3,

se precisó, a propuesta del Ministro Franco González Salas, que se suprimiera la frase "a partir de este momento".³⁶¹

En el engrose del expediente 912/2010, se ordenó la interrupción de las jurisprudencias que restringían el control difuso de la constitucionalidad.

"ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'

En cuanto al nivel jerárquico de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado el criterio, en una tesis aislada, de que los tratados internacionales se encuentran ubicados encima de las leyes federales pero, debajo de la Constitución, como se indica:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la

³⁶¹ Véase, referencia al párrafo 339, p. 216, se transcribe el punto 3, aparece subrayada la parte que se suprimirá.

comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.³⁶²

El criterio anterior se relaciona con la discusión en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de las sesiones del 12 y 15 de marzo de 2012, con motivo de la contradicción 293/2011 entre, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver, respectivamente, el amparo directo 1060/2008 y los amparos directos 344/2008 y 623/2008.³⁶³

No obstante que se decidió por unanimidad que sí son contradictorios tales criterios de los tribunales colegiados, sin embargo el asunto fue retirado, y no pudo concretarse la propuesta del Ministro Arturo Zaldivar Lelo de la Rea, en el sentido

³⁶² Tesis P.LXXVII/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo X, Novena Época, noviembre 1999, p. 46.

³⁶³ Las versiones públicas taquigráficas, se pueden consultar en:
http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/12032012POsinnombres.pdf
http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/pl201200315v2.pdf

de que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en los que México sea parte, deben integrarse a un bloque de constitucionalidad.

En el acta correspondiente al día 12 de marzo de 2012, se discutieron algunos puntos, como los que se transcriben:

...

El señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea reiteró que no resulta conveniente debatir en torno a las denominaciones, indicando que lo que resulta relevante es la sustancia del criterio.

Señaló que por mandato de la Norma Fundamental el control de convencionalidad es también un control de constitucionalidad, de manera que cuando los jueces determinan que un acto de autoridad viola un derecho humano de fuente internacional, al mismo tiempo establecen que se viola la Constitución Federal, dado que ésta otorga al tratado la misma jerarquía normativa.

Indicó que el Pleno no ha establecido que los derechos humanos de índole internacional sean de aplicación subsidiaria en relación con la Constitución Federal, sino que existe una masa de derechos o “bloque de constitucionalidad” o “de regularidad”, que exige interpretar armónicamente la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

...

El señor Ministro Aguirre Anguiano manifestó no estar de acuerdo con la idea de un “bloque de constitucionalidad”, ya que no tiene relación con el sistema jurídico nacional, indicando que tampoco compartiría la expresión “bloque de regularidad”.

Señaló que estaría en contra del proyecto estimando que no se apega al principio de subsidiaridad reconocido en el expediente varios 912/2010, según el cual si la Constitución soluciona el problema no debe llevarse a cabo un control distinto, y que utiliza conceptos subjetivos al definir “bloque de constitucionalidad”.

...

El señor Ministro Aguilar Morales señaló que no existe preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos respecto de la Constitución Federal, en tanto que éstos sólo contienen reglas de interpretación en la materia, considerando que todos los derechos humanos están previstos en ésta, algunos reconocidos de manera expresa y otros derivados de un ejercicio interpretativo a partir de las normas de fuente internacional.

Estimó que, en esta medida, no puede entenderse que existan normas internacionales de derechos humanos que se encuentren en un mismo nivel jerárquico al de la Constitución

Federal, en tanto que en el sistema jurídico nacional rige el principio de supremacía constitucional.

Consideró que si bien en el proyecto se establece que la normativa constitucional e internacional no se relaciona jerárquicamente, lo cierto es que resulta indispensable reconocer que las normas constitucionales tienen preeminencia sobre todas las demás, incluyendo las relativas a los derechos humanos contenidas en los tratados, por lo que estimar que la norma constitucional no goza de dicha preeminencia implica alterar el orden constitucional y desconocer su cualidad fundamental, así como tergiversar la jerarquía de los tratados, en tanto que éstos no pueden prevalecer sobre la norma que les da origen y legitimidad obligatoria, como instituciones configuradas por la Norma Suprema a la que deben someterse, sin alterarla o pretender limitarla, siendo incluso producto de la voluntad pre constituida de instituciones como el Senado y la Presidencia de la República, de ahí que el pacto internacional que modificara o restringiera la Constitución Federal no tendría validez alguna.

...

El lugar jerárquico que tienen actualmente los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en los que México es parte, con motivo de la reforma constitucional al artículo 1, comentada, no puede considerarse como se hacía antes de la reforma, pues ésta, indudablemente ha introducido un cambio trascendental.

Es preciso que exista un pronunciamiento que aclare este problema de interpretación constitucional, precisamente porque el artículo 1 reformado dice que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”.

El texto citado, en su interpretación gramatical, conforma una garantía de efectividad de los derechos humanos, pues enuncia a través de una conjunción copulativa, que el goce tanto de los derechos humanos que reconoce la constitución, como los que se contienen en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, serán objeto de tutela.

Tal vez, no se trate precisamente de una cuestión de jerarquía, porque finalmente el propio sistema constitucional, reconoce a los Tratados Internacionales y condiciona ese reconocimiento a los límites fijados por la propia

constitución en el artículo 133; incluso, el artículo 103 constitucional, en su fracción I, establece la posibilidad de que se pueda plantear un juicio de amparo en contra de un tratado internacional.

Sin embargo, sí tendría que reconocerse una aplicación subsidiaria a la Constitución de algún derecho humano reconocido en algún instrumento internacional, cuando ello se justifique en la aplicación del principio pro-persona, contenido en el propio artículo 1°.

En la acción de inconstitucionalidad 155/2007³⁶⁴ se optó por estimar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención Americana sobre Derechos Humanos consignaban alternativas más favorables a la persona que las contenidas en la Ley de Prevención de las Adicciones y Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco de Yucatán, fundadas en el artículo 21 Constitucional, pues para los casos de reincidencia, no se contemplaba una alternativa adicional al trabajo a favor de la comunidad. En el engrose correspondiente, entre otras consideraciones se indicó:

Cabe destacar, que el artículo 1° constitucional establece que las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución Federal y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo el tiempo a las personas la protección más amplia, y que las restricciones que ésta expresamente impone a los derechos fundamentales son limitaciones legítimas a su ejercicio. Asimismo, dispone que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Sobre el particular, considero que debe entenderse que cuando las restricciones establecidas por normas internacionales fueren más extensas que las constitucionales, deben tenerse por ilegítimas, en aplicación del principio pro persona, y que las restricciones a los derechos y libertades fundamentales deben comprenderse en el sentido de que la totalidad de los poderes públicos, en sus actuaciones u

³⁶⁴ Se puede consultar en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/>

omisiones, están llamados a minimizar la manifestación de dichas restricciones.

Por consiguiente, aún en el caso en el que una norma sobre derechos humanos contenida en algún instrumento internacional, pudiera entrar en conflicto con otra de carácter constitucional, en este supuesto, el problema no se resolvería a través de una consideración de jerarquía normativa, sino a partir de la aplicación del principio pro-persona, lo que lleva a entender, que los instrumentos internacionales que reconozcan derechos humanos, conforme al artículo 1 constitucional, se encuentran en efecto por debajo de la Constitución, y sólo de manera subsidiaria, a través de la aplicación del principio pro-persona, puede preferirse al sistema internacional sobre derechos humanos.

Tal interpretación, de acuerdo con sus consecuencias, tendrían apoyo en los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, que disponen que un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado, y que una norma imperativa de derecho internacional, es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto, que no admite acuerdo en contrario y sólo podrá ser modificada por otra norma de derecho internacional general.

Concomitantemente a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es preciso resaltar el contenido del voto razonado de Eduardo Ferrer-Mac- Gregor Poisot en el caso Cabrera García y Montiel Flores, pues en él da cuenta sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el tema del control de la convencionalidad.

En el párrafo 17 del aludido voto razonado, se reproduce el párrafo 225 de la sentencia de 25 de noviembre de 2010, en los términos siguientes:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga

*a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer **ex officio** un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*

Asimismo, los párrafos 59 y 60 del voto razonado del juez ad-hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor, ponen énfasis en la fuente que obliga al cumplimiento del derecho convencional. Se remite a los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como a la doctrina, según las consideraciones de Sergio García Ramírez, como se lee a continuación:

59. Los principios de derecho internacional relativos a la Buena Fe y al Effet Utile, que involucra a su vez al principio Pacta Sunt Servanda, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales, y han sido constantemente reiterados por la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos sometidos bajo su competencia, sea en la instancia consultiva, como en casos contenciosos. Este Tribunal Interamericano ha establecido, en la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención,⁷⁴ los alcances interpretativos de los artículos 175 y 276 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se consideró que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconventional existente, fundamentando que descansa en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de “buena fe” y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

60. La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su

conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido. Como lo ha expresado García Ramírez:

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este

Con motivo de las recientes reformas Constitucionales, el control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad, tendrán un impacto generalizado en todos los ámbitos competenciales del sistema jurídico nacional, pues en principio todas las autoridades están obligadas a realizar dicho control, aunque con sus variantes, según se trate de autoridades jurisdiccionales con competencia constitucional; jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

La discusión del expediente varios 912/2010, ha desencadenado una serie de criterios, que fijan la estructura del sistema constitucional, en el ámbito del control difuso de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en

donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.³⁶⁵

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.³⁶⁶

³⁶⁵ 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535.

³⁶⁶ 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552.

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.³⁶⁷

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 259/2011, emitió la jurisprudencia siguiente:

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1º constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y

³⁶⁷ 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1p. 551.

garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

La Segunda Sala, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido, entre otras, la tesis siguiente:

DERECHOS HUMANOS. SU ESTUDIO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE SE ACUDA A LOS PREVISTOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, SI RESULTA SUFICIENTE LA PREVISIÓN QUE SOBRE ÉSTOS CONTENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Conforme a lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en atención al principio pro persona, no resulta necesario considerar el contenido de tratados o instrumentos internacionales que formen parte de nuestro orden jurídico, si es suficiente la previsión que sobre los derechos humanos que se estiman vulnerados, dispone la Constitución General de la República y, por tanto, basta el estudio que se realice del precepto constitucional que lo prevea, para determinar la constitucionalidad o no, del acto que se reclama.³⁶⁸

4. Democracia y jurisdicción constitucional

En la decisión de un caso difícil, el participante puede determinar que una ley no se ajusta a los principios constitucionales o bien, puede hacer una interpretación sobre el sentido que se le debe da a la norma en función de: su

³⁶⁸ 10ª Época; Segunda Sala; S:J:F: y su Gaceta; Libro VIII, Mayo 2012, Tomo 2; p. 1348.

literalidad, su relación sistemática, los valores que protege, los fines que persigue, o de su transformación en el devenir histórico.

La ley, no obstante, es el producto de un ejercicio democrático, ya que son los legisladores, como representantes de la población, quienes emiten disposiciones de carácter general. Seguramente, los vehementes partidarios del principio de división de poderes, pueden censurar cualquier posibilidad de que los jueces anulen una decisión legislativa o bien, colmen lagunas o interpreten principios, en corrección del trabajo legislativo.

Sin embargo, este problema es una práctica común en el ejercicio jurisdiccional. La jurisprudencia ha creado instituciones normativas, que no se consignaron en la ley, que deben su nacimiento a la entramada discusión de múltiples controversias.³⁶⁹

La jurisdicción constitucional, lo mismo se ha ocupado de dirimir controversias entre los distintos poderes y entidades de la federación, de los estados y municipios, así como ha resuelto a través del control abstracto de leyes, su inconstitucionalidad en incontables ocasiones.

Jorge Ulises Carmona Tinoco, es de la idea de que en la elección de premisas a nivel constitucional existen elementos de orden político, económico, social y cultural que sólo pueden asimilarse por la experiencia y la sensibilidad del juez constitucional.³⁷⁰

Es cierto que los sistemas democráticos parten de la premisa de la representación popular y del concepto originario de soberanía, conforme a la cual su titularidad reside en el pueblo.

³⁶⁹ Este sería el caso, por ejemplo, de la figura del ofrecimiento del trabajo. No aparece en ningún apartado de la Ley Federal del Trabajo, algún precepto que se refiera al supuesto en el que un patrón, cuando es demandado por su trabajador por haber sido despedido injustificadamente, le ofrezca el trabajo a su empleado, como lo precisa la jurisprudencia: OFRECIMIENTO DEL TRABAJO. CUANDO SE PROPONE CON JORNADA SEMANAL MENOR A LA PACTADA CONFORME AL ARTÍCULO 59 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, PERO MODIFICANDO LA HORA DE ENTRADA Y SALIDA DEL SÁBADO, NO PUEDE CONSIDERARSE DE MALA FE. Se consulta en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, marzo de 2010, p. 3022.

³⁷⁰ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, p.111.

En este sentido, los partidos políticos y las elecciones de los representantes del poder legislativo en sus distintas cámaras, llevan esta voz popular al seno del debate parlamentario, a fin de que las normas se emitan conforme a esa voluntad originaria.

En el escenario político, los representantes del poder ejecutivo, en sus distintos niveles, también son electos a partir del ejercicio del voto.

Sin embargo, la selección de los jueces en el sistema judicial mexicano, sigue un sistema enfocado hacia las habilidades y aptitudes.

En materia federal el artículo 97 de la Constitución dispone que los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezca la ley.

En las Entidades Federativas, el artículo 116, fracción III, en su antepenúltimo párrafo, precisa que los nombramientos de los magistrados y jueces integrantes de los Poderes Judiciales Locales serán hechos preferentemente entre aquellas personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de justicia o que lo merezcan por su honorabilidad, competencia y antecedentes en otras ramas de la profesión jurídica. Sobre la organización del sistema judicial de los Estados, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha delimitado su estructura, en el contexto del marco constitucional.

PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. MARCO JURÍDICO DE GARANTÍAS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La interpretación relacionada del texto de este precepto de la Carta Magna y el proceso legislativo que le dio origen, surgido con motivo de la preocupación latente en el pueblo mexicano del perfeccionamiento de la impartición de justicia que plasmó directamente su voluntad en la consulta popular sobre administración de justicia emprendida en el año de mil novecientos ochenta y tres y que dio lugar a la aprobación de las reformas constitucionales en la materia que, en forma integral, sentaron los principios básicos de la administración de justicia en los Estados en las reformas de mil novecientos ochenta y siete, concomitantemente con la reforma del artículo 17 de la propia Ley Fundamental, permite concluir que una justicia completa debe garantizar en todo el ámbito nacional la independencia judicial al haberse incorporado estos postulados en el último precepto constitucional citado que consagra el derecho a la jurisdicción y en el diverso artículo 116, fracción III, de la propia Constitución Federal que establece que "La independencia de los Magistrados y Jueces en el ejercicio de sus funciones deberá estar garantizada por las Constituciones y las leyes

orgánicas de los Estados". Ahora bien, como formas de garantizar esta independencia judicial en la administración de justicia local, se consagran como principios básicos a los que deben sujetarse las entidades federativas y los poderes en los que se divide el ejercicio del poder público, los siguientes: 1) La sujeción de la designación de Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales a los requisitos constitucionales que garanticen la idoneidad de las personas que se nombren, al consignarse que los nombramientos de Magistrados y Jueces deberán hacerse preferentemente entre aquellas personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de justicia o que la merezcan por su honorabilidad, competencia y antecedentes en otras ramas de la profesión jurídica y exigirse que los Magistrados satisfagan los requisitos que el artículo 95 constitucional prevé para los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que será responsabilidad de los órganos de gobierno que de acuerdo con la Constitución Estatal, a la que remite la Federal, participen en el proceso relativo a dicha designación; 2) La consagración de la carrera judicial al establecerse, por una parte, que las Constituciones y las leyes orgánicas de los Estados establecerán las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados y, por la otra, la preferencia para el nombramiento de Magistrados y Jueces entre las personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de justicia, lo que será responsabilidad de los Tribunales Superiores o Supremos Tribunales de Justicia de los Estados o, en su caso, de los Consejos de la Judicatura, cuando se hayan establecido; 3) La seguridad económica de Jueces y Magistrados, al disponerse que percibirán una remuneración adecuada e irrenunciable que no podrá ser disminuida durante su encargo; 4) La estabilidad o seguridad en el ejercicio del cargo que se manifiesta en tres aspectos: a) La determinación en las Constituciones Locales, de manera general y objetiva, del tiempo de duración en el ejercicio del cargo de Magistrado, lo que significa que el funcionario judicial no podrá ser removido de manera arbitraria durante dicho periodo; b) La posibilidad de ratificación de los Magistrados al término del ejercicio conforme al periodo señalado en la Constitución Local respectiva, siempre y cuando demuestren suficientemente poseer los atributos que se les reconocieron al haberseles designado, así como que esa demostración se realizó a través del trabajo cotidiano, desahogado de manera pronta, completa e imparcial como expresión de diligencia, excelencia profesional y honestidad invulnerable. Esto implica la necesidad de que se emitan dictámenes de evaluación de su desempeño por los Poderes Judicial, Ejecutivo y Legislativo que concurren en la ratificación y vigilancia en el desempeño de la función, con motivo de la conclusión del periodo del ejercicio del cargo; y, c) La inamovilidad judicial para los Magistrados que hayan sido ratificados en sus puestos, que sólo podrán ser removidos "en los términos que determinen las Constituciones y las Leyes de Responsabilidades de los Servidores Públicos de los Estados."³⁷¹

Tanto en el ámbito de competencia de la Federación como de los Estados, los Magistrados y Jueces no son electos por medio del voto, por consiguiente no

³⁷¹9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Octubre de 2000, p. 32.

pueden considerarse representantes directos de la voluntad popular. Esta característica podría llevar a pensar que por tal motivo, no pueden participar del ejercicio de interpretar los alcances de la norma, pues esta debe su origen al más puro ejercicio democrático.

Sin embargo, la tarea que se ha delegado a los jueces por mandato constitucional, va más allá del principio mayoritario, pues sus habilidades técnicas y preparación profesional los autorizan para participar en la corrección de la voluntad popular representativa; los jueces se posicionan como guardianes del sistema constitucional y consecuentemente, del estado de derecho.

Por disposición constitucional, todos los funcionarios deben protestar defender la Constitución como lo indica el artículo 128; pero los Ministros, Magistrados y Jueces de Distrito, están obligados a respetar la Constitución, como lo señala su artículo 97, que en lo que aquí interesa dice:

¿Protestáis desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se os ha conferido y guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión?

En los Estados, opera la misma exigencia. Los jueces constitucionales, forman parte de una conciencia democrática, que no olvida la voluntad del Constituyente y se hace presente cuando legisladores comunes, aun legitimados por el sufragio, irrumpen por un defecto en la confrontación de contenidos, contra lo previsto en la Constitución.

La actividad judicial no está inspirada en una creación indiscriminada de normas emanadas de la decisión de una multiplicidad de casos; es más bien una continuación de la tarea legislativa, ya que ésta no concluye con el debate parlamentario, que se sabe, está orientado por una gama de intereses, opiniones, o decisiones estratégicas, que no culminan por integrarse de manera definitiva al derecho positivo, hasta en tanto, no se someten al tamiz de la decisión judicial.

En los últimos años, a partir de la reforma constitucional de 1994, con la instrumentación del Consejo de la Judicatura Federal y el fortalecimiento de la

independencia judicial, se ha visto una creciente relevancia en el ejercicio judicial.³⁷²

Las controversias constitucionales; las acciones de inconstitucionalidad; el control constitucional de leyes y actos a través del juicio de amparo; las impugnaciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y las últimas reformas en materia de derechos humanos y en el juicio de amparo, conforman una gama sólida de instrumentos con los que el Poder Judicial, ejerce un auténtico equilibrio entre las fuerzas políticas de México.

No obstante, para que los jueces hagan adecuadamente su trabajo, se requiere que cuenten con absoluta independencia de los demás poderes con el fin de que sus decisiones sean imparciales, apoyadas en el sistema constitucional, en lo que se puede llamar una conciencia democrática.³⁷³

Mucho se ha avanzado en este terreno de la independencia judicial, pero para que exista una auténtica conciencia democrática judicial, aún quedan algunos obstáculos que se deben superar, ya que existen pronunciamientos específicos de la Asamblea de las Naciones Unidas, en las resoluciones 40/32 y 40/136 del año 1985,³⁷⁴ que delimitan un campo de oportunidades, en la independencia judicial:

Independencia de la judicatura

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

Libertad de expresión y asociación

8. En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de

³⁷² Carbonell, Miguel, *Constitucionalismo y Democracia, Ensayos Críticos*, ed. Porrúa, México 2004, p 1.

³⁷³ *Ibidem*, “La independencia judicial es un prerequisite para el adecuado funcionamiento de la justicia. Si no hay independencia de los jueces lo más probable es que todos los asuntos en los que existan “intereses” – tanto económicos como políticos- por parte de algún otro poder o de algún particular no se resuelvan de forma imparcial, provocando una quiebra notable del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley”, p. 17.

³⁷⁴ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2010.pdf> (consulta 10/jun/2012)

manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura.

9. Los jueces gozarán del derecho a constituir asociaciones de jueces u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como el derecho a afiliarse a ellas.

Condiciones de servicio e inamovilidad

11. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas.

12. Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto.

13. El sistema de ascensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia.

14. La asignación de casos a los jueces dentro del tribunal de que formen parte es asunto interno de la administración judicial.

Medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo

17. Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.

18. Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones.

19. Todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial.

20. Las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo estarán sujetas a una revisión independiente. Podrá no aplicarse este principio a las decisiones del tribunal supremo y a las del órgano legislativo en los procedimientos de recusación o similares.

Sin embargo, en lo que corresponde al sistema judicial en México, el informe de la relatora especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,

correspondiente al 18 de abril del año 2011,³⁷⁵ hizo observaciones al gobierno de México, en los puntos que se transcriben a continuación:

II. El sistema judicial

A. Nivel federal

3. El Consejo de la Judicatura Federal

13. Otro elemento de preocupación es el hecho que, de acuerdo a la Constitución, las decisiones del CJF son definitivas e inatacables y, por lo tanto, no procede juicio ni recurso alguno en contra de las mismas, salvo las que se refieran a la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistradas, magistrados y juezas y jueces, las cuales pueden ser revisadas por la SCJN.

14. La Relatora Especial considera que todas las decisiones disciplinarias y administrativas que tengan un impacto sobre el estatus de las juezas y jueces y magistradas y magistrados deberían tener la posibilidad de ser revisadas por otro órgano judicial independiente. Esta recomendación es válida también para los Consejos de la Judicatura a nivel estatal y los tribunales electorales. Todas las entidades federativas deberían contar con un Consejo de la Judicatura. La estructura judicial debería establecer un Consejo Superior Nacional que coordine la labor de los Consejos de la Judicatura.

VIII. Recomendaciones

94. Con base en las conclusiones arriba expuestas, la Relatora Especial se permite formular las siguientes recomendaciones al Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos:

j) Considerando que las decisiones de los Consejos de la Judicatura son definitivas e inatacables y, por lo tanto, no procede juicio ni recurso alguno en contra de las mismas, salvo —a nivel federal— contra las que se refieran a la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, que pueden ser revisadas por la Suprema Corte de Justicia y —a nivel estatal— en caso de remoción, se recomienda que las decisiones disciplinarias y administrativas (tanto a nivel federal como estatal) que tengan un impacto sobre el estatus de las magistradas, magistrados, juezas y jueces, pueden ser objeto de revisión por otro órgano judicial independiente...

Apelar al estado de derecho y específicamente al estado de derecho democrático, es una conquista universal a partir de la cual, es posible introducir un discurso sobre la racionalidad de las decisiones, en la medida en que se vinculen

³⁷⁵ <http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Internacional/informeRelatoraEspecial.pdf> (consulta 10/jun/2012).

o se aparten a la moralidad sobre la que se construye ese estado de derecho, bien sea mediante la aplicación directa de sus normas o de su interpretación a partir de los principios que subyacen en ellas. Los conflictos en este mecanismo son resueltos conforme a la seguridad y certeza.

Jorge Carpizo propuso una línea de interpretación constitucional finalista o axiológica. El tribunal constitucional no puede crear normas o principios que no puedan reconducirse al sistema constitucional; pero, en cambio, sí puede deducir principios implícitos de aquellos consignados en fórmulas abiertas, como la dignidad, la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica, la justicia social o el estado de bienestar.³⁷⁶

Abundando en su interpretación axiológica, Jorge Carpizo explica que el tribunal constitucional no puede descuidar con la interpretación de los principios, los fundamentos del orden jurídico como la certeza y la seguridad jurídica y mucho menos, debe olvidar que es un órgano político, pero como tribunal sólo puede resolver con metodología y técnicas jurídicas.³⁷⁷

En un mundo globalizado, los estados de derecho fundados en el marco de su circunscripción territorial han perdido vigencia, ahora los estados buscan encontrar fórmulas compatibles de convivencia democrática en un contexto que traspasa las fronteras territoriales, en donde la redistribución económica rechaza el supuesto de las economías nacionales y pretende aminorar las restricciones fiscales con la celebración de tratados comerciales y la integración de bloques económicos.

Pese a ello hay que tener una posición crítica sobre el estado de derecho democrático, pues la decisión mayoritaria no necesariamente garantiza una misma moralidad en un contexto universal. La comunidad internacional, puede ofrecer una variedad de significados, que merecen una valoración cuyo resultado puede emerger en justificaciones cualitativamente distintas.

³⁷⁶ Carpizo, Jorge, *El Tribunal Constitucional y el Control de la Reforma Constitucional en La Justicia Constitucional y su Internacionalización, ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, (coord.) Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela, ed. Max-Planck Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2010, pp. 408-409.

³⁷⁷ Ídem.

En este sentido, las diferencias e incompatibilidades, deben encontrar una solución preferente, en una escala de posibilidades, en la que, la seleccionada, responda con el mayor peso a los intereses y valores que un juez debe percibir, como los más relevantes de la voluntad democrática a la que se integra.³⁷⁸

5. Derechos humanos y jurisdicción internacional

En el contexto internacional, después de la Segunda Guerra Mundial el estado de derecho constitucional extendió su ámbito de aplicación para incluir al legislador, quien también debe respetar las fronteras delimitadas por la norma suprema.³⁷⁹

El 26 de junio de 1945 se emitió la Carta de San Francisco, que no es propiamente un tratado internacional, pero sí un instrumento en el que se fijó la idea de promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, como lo precisa el artículo 55, inciso c); con esta carta surgieron posteriormente diversos instrumentos internacionales, contenidos en la Carta Internacional de los Derechos Humanos, dentro de la que se encuentran: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el diez de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y un Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la Pena de Muerte.

³⁷⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, ed. Trotta, Madrid 2003, “La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macro sujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible la razón comunicativa. Esta racionalidad viene inscrita en el telos que representa el entendimiento intersubjetivo y constituye un ensamble de condiciones posibilitantes a la vez que restrictivas...”, p. 65.

³⁷⁹ Cfr. Fix Zamudio, Héctor, *Organismos Jurisdiccionales Especializados en Tribunales y Justicia Constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. La creación de organismos jurisdiccionales especializados con el establecimiento de Cortes Constitucionales fue introducido por las cartas de Checoslovaquia y de República Federal de Austria, debido a las enseñanzas de Hans Kelsen. Después de la Segunda Guerra Mundial se restableció la institución austríaca y se crearon Tribunales Constitucionales en Italia, República Federal Alemana, España, Bélgica, Francia y Turquía, p. 203.

Durante la segunda mitad del siglo XX surgieron otros tratados internacionales que conformaron un sistema universal de protección a los derechos humanos, entre los que se tienen a los siguientes:

- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Organización de Estados Americanos OEA, fue creada con motivo de una serie de conferencias. La novena conferencia se reunió en Bogotá, Colombia, en el año de 1948 con la intervención de veintiún países. En esa conferencia se adoptó la Carta de la Organización de Estados Americanos, así como la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, entre otros documentos.

Durante el desarrollo del siglo XX la comunidad universal de Estados ha definido a través de la costumbre, una serie de normas jurídicas internacionales, que se fundan más en la autoridad moral, que en la aplicación coactiva. Es precisamente por esta razón por la que a estas normas se les ha dado en llamar, derecho suave.³⁸⁰

El concepto de soberanía vinculado con los organismos internacionales, podría direccionarse desde la perspectiva de la voluntad de los estados expresada en el reconocimiento de las fuentes del derecho internacional que tutelan los

³⁸⁰ García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción Internacional, Derechos Humanos y la Justicia Penal*, ed. Porrúa, México 2003, aborda el problema sobre el cumplimiento de las resoluciones de derecho convencional y precisa: "...el tema del cumplimiento es una región incierta todavía, cuya definición proviene del avance que experimente la organización internacional y de la fuerza con que la idea del Derecho arraigue en ésta y en los Estados que la integran. Estos son, en definitiva, los primeros obligados, y la mejor garantía de cumplimiento de este deber jurídico radica en la convicción moral convertida en fuerza política y en eficacia jurídica. Las sanciones –siempre indeseables, y en ocasiones contraproducentes- no bastan para establecer, de veras, el imperio indiscutido del Derecho..." , p .26.

derechos humanos. En otras palabras, las distintas declaraciones o convenciones adoptadas por las naciones corresponden con una suma de voluntades de los Estados, y son suscritas por los representantes de sus respectivos Estados, lo que tendría que conferirles por ese sólo hecho vinculación.

Sin embargo, algunos Estados han mostrado un cumplimiento deficiente a las distintas resoluciones emitidas por esos organismos internacionales. En algunos casos el incumplimiento deriva del hecho de que hay regímenes autoritarios en los que el estado de derecho y el goce de los derechos humanos se transgreden de forma persistente, como en los países del Medio Oriente; en otros casos por el hecho de que se presentan contradicciones entre el derecho interno y el derecho externo y se privilegia a aquel.

No obstante, si bien se puede entender que existan distintas razones para incumplir, ninguna resulta válida, ya que se debe partir de una noción de soberanía de Estados constituidos en una comunidad, que comparten el compromiso de respetar determinadas normas que no admiten prácticas en contrario, como lo señala el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La cuestión de la soberanía interna de los estados pasa a ser un enunciado de orden general que tiene como excepción, a la soberanía internacional. Lo que ocurre en un estado no sólo es de la incumbencia de este, sino lo es igualmente de la comunidad internacional cuando se quebranta alguna disposición contenida en algún tratado o convención internacionales.

Los derechos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diez de diciembre de 1948, que consta de un preámbulo y 33 artículos, conforman en realidad enunciados vinculados con el reconocimiento de los atributos más esenciales de la humanidad, como la dignidad intrínseca e inalienable de las personas.

El preámbulo de la Declaración Universal en su artículo 1, debe considerarse como un enunciado eminentemente ético, lo que le confiere su obligatoriedad al precisar: *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en*

dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

El derecho internacional de los derechos humanos puede considerarse consolidado a partir de distintas fuentes: de las convenciones internacionales generales o particulares, la costumbre internacional, los principios generales de derecho reconocidos en las naciones civilizadas, las decisiones judiciales y la doctrina. Así lo precisa el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

De las anteriores fuentes, los principios jurídicos adquieren una importancia especial para la aplicación e interpretación de las normas de derechos internacional. Se trata de principios que pueden concebirse analógicamente como los del derecho interno con las reservas necesarias que permitan diferenciar a la comunidad internacional de la estatal.

Por otra parte, hay normas que indiscutiblemente generan efectos que las diferencian del derecho suave, son normas vinculantes consideradas parte del *jus cogens*. Se trata de normas que fijan prohibiciones en materia de crímenes de guerra o contra la humanidad, que prohíben la tortura, la desaparición forzada de personas, las ejecuciones sumarias y en general otras violaciones de naturaleza grave.

Este tipo de derechos contenidos en tratados internacionales y declaraciones, se funda en un cumplimiento estricto, en donde la reciprocidad internacional es irrelevante. Es decir, los tratados sobre derechos humanos no conllevan prestaciones recíprocas como las derivadas de los tratados comerciales, porque los bienes jurídicos que se tutelan tienen una relevancia internacional superior.³⁸¹

Es por tal motivo de especial importancia tener en cuenta esta diferencia al momento de fijar la jerarquía que debe existir en los sistemas jurídicos internos y los tratados internacionales que no contengan derechos humanos.

³⁸¹ Corcuera Cabezut, Santiago. *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, ed. Oxford University Press, México, 2002.

En México, como se indicó, el 6 y 10 de junio del año 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, las reformas al texto Constitucional para que el ámbito de tutela del juicio de amparo se ocupe no sólo de salvaguardar los derechos fundamentales reconocidos por el derecho interno, sino también los derechos humanos consignados en instrumentos internacionales.

En el proyecto de una Nueva Ley de Amparo, que se encuentra pendiente de aprobación, se señala que los tribunales federales, estarán encargados de resolver cualquier controversia relativa a la transgresión de los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas en la Constitución así como los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.

Adicionalmente, para dar efectividad a la tutela de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, será necesario aplicar la jurisprudencia emitida por los organismos internacionales en materia de derechos humanos. En este rubro, la iniciativa que dio lugar a la reforma constitucional de 6 de junio de 2011, precisa:

Otro aspecto que vale la pena destacar es el mandato constitucional dirigido a los tribunales de amparo en el sentido de que éstos deben tomar en cuenta los criterios emitidos por los órganos internacionales y regionales de derechos humanos de los que el Estado mexicano forme parte, con la salvedad de que ello no contradiga las disposiciones de nuestra Carta Magna y redunde en una ampliación de su ámbito protector, lo cual evidentemente enriquecerá el contenido, sentido y alcance de los derechos sociales en el ámbito nacional.³⁸²

La regla de reconocimiento de que hablaba Hart, en estos casos se materializa en las instituciones internacionales, en tratados o convenciones y en organismos internacionales a los que se les cede una parte de soberanía jurisdiccional para que den eficacia a normas y principios aceptados por las prácticas sociales internacionales, en la comunidad internacional, en términos de

³⁸² <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/proceso%20legislativo%20amparo.pdf#page=3> (26 julio 2012).

normas que también se incorporan al derecho nacional conforme a la regla de pedigrí.³⁸³

6. Sistema interamericano de derechos humanos

El proyecto a partir del que se concibió el sistema interamericano de derechos humanos tiene objetivos más amplios que los del reconocimiento internacional de las convenciones y los tratados.

En congruencia con esta tendencia, se ha planteado la necesidad de un reordenamiento normativo para hacer compatibles los órdenes internos, con el sistema de protección internacional de los derechos humanos.

Desde la Convención Interamericana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han conformado un bloque que a lo largo de los años ha ganado prestigio en la defensa de los derechos humanos en los países Latinoamericanos.

La Corte Interamericana se integra por siete jueces originarios de alguno de los Estados de la Organización de Estados Americanos, quienes son designados por mayoría absoluta de los Estados partes de la Convención en Asamblea General de la OEA, duran seis años en el cargo.

Conforme a los artículos 1 y 2 del Estatuto de la Corte Interamericana, ésta tiene dos atribuciones fundamentalmente: la primera relacionada con una función interpretativa de la Convención Americana; la segunda, es de carácter jurisdiccional enfocada a resolver controversias que se planteen relacionadas con la interpretación o aplicación de la propia Convención.

En la actividad estrictamente interpretativa de la Corte, de acuerdo con la Opinión Consultiva número 1 solicitada por el Gobierno de Perú, la competencia

³⁸³ Rosenkranz E. Joshua, *Reason and Passion K Justice Brennan's Enduring Influence*, ed. W.W Norton and Company, New York, 1997. El camino para reconocer derechos humanos individuales ha sido arduo, lento y doloroso, tanto en nacional como internacionalmente. Aunque el curso aún no es seguro hemos llegado al conocimiento de que la dignidad humana es un valor universal. Esto por sí sólo es un avance esperanzador, pero como el Ministro Brennan dijo en su cumpleaños noventa, nosotros aún no hemos alcanzado una definición comprensible del ideal de la dignidad humana. Mientras la civilización progresa, también lo hará nuestro entendimiento de los derechos y libertades. [trad. MMM], p. 294.

de la Corte puede ejercerse sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tipo de tratado internacional que sea aplicable en los Estados Americanos.

En la competencia contenciosa, la tramitación inicia con una demanda planteada por la Comisión, o por un Estado parte contra otro. En el procedimiento pueden presentarse excepciones preliminares que fijan los presupuestos procesales y deben ser resueltas de forma inmediata. Se puede dar por terminado el proceso de forma anticipada, frente al desistimiento o por haberse presentado una solución amistosa. También se pueden decretar providencias cautelares encaminadas a evitar que se causen daños irreparables. En las sentencias y su cumplimiento, no existen procedimientos coactivos para vigilar su estricto cumplimiento, sin embargo la omisión en atender una sentencia, se traduce en un informe anual que rinde la Corte Interamericana ante la Asamblea General de la OEA, en el que detalla los aspectos omitidos a manera de ejercer presión moral y política contra el Estado incumplido.³⁸⁴

6.1. Efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno

El 5 de febrero de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*,³⁸⁵ condenó al gobierno de Chile por violar el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, contenidos en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como por incumplir con las obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la aludida Convención y, consecuentemente, ordenó al Estado Chileno a que modificara su ordenamiento interno en un plazo razonable para suprimir la censura previa de la película *La Última Tentación de Cristo*, además del reintegro de los gastos generados por las víctimas y sus representantes. En cambio, emitió una absolución por la violación al derecho de libertad de conciencia y religión, consignado en el artículo 12 del mismo instrumento internacional.

³⁸⁴ Op. Cit. Corcuera Cabezut, Santiago. *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos* pp. 217-237.

³⁸⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf

En términos generales, los antecedentes que dieron lugar a la sentencia condenatoria, se pueden concretar a los puntos que siguen:

a) La Última Tentación de Cristo³⁸⁶ es una película dirigida por Martín Scorsese, en la que participan Willem Dafoe, Juliette Caton y Bárbara Hershey, entre otros. Fue ganadora de varios premios, entre ellos, el del Festival de Venecia en 1988. La historia se inspira en la novela de Nikos Kazantzakis que lleva por título el mismo nombre de la película. Es un relato alternativo sobre la historia de la pasión de Cristo. Un ángel llega a salvar a Jesús de la cruz, le dice que es enviado de su padre y que terminará con su dolor. Jesús es bajado de la cruz, se casa con María Magdalena, que luego de un tiempo muere. Después, Jesús tiene un hijo con Marta de Betania, cuando iba a morir Jesús en la vida terrenal que decidió seguir, lo llega a ver Judas Iscariote, quien le recrimina por no haber aceptado el sacrificio y le explica que el ángel que llegó a salvarlo fue enviado por el diablo. En ese momento, Jesús pide perdón y Dios le concede regresar a la cruz para salvar a la humanidad.

b) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos elevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la denuncia que recibió el 3 de septiembre de 1997 contra el Estado Chileno, con motivo de la censura decretada a la exhibición de la película La Última Tentación de Cristo, por la decisión de la Corte Suprema de Chile del 17 de junio de 1997, que dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo Nacional de Calificación Cinematográfica, que había aprobado el 11 de noviembre de 1996, la exhibición de la película.

c) La Constitución Chilena de 1980, en su artículo 19, número 12, en el último párrafo, consignaba un sistema de censura previa para las exhibiciones cinematográficas, al precisar:

La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas.

d) La Corte hizo una valoración de documentos, testimoniales, periciales, manifestaciones del Estado y de la Comisión Interamericana; consideró que si

³⁸⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/La_%C3%BAltima_tentaci%C3%B3n_de_Cristo

bien, había una reforma pendiente encaminada a suprimir la censura previa en el artículo 19, número 12, tal reforma no se había concretado en el momento de la sentencia, por lo que condenó al Estado Chileno.

e) En el capítulo VIII, la Corte Interamericana hizo un estudio sobre el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, y una vez que analizó los argumentos de las partes, dispuso que se había violado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consignado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este derecho, según lo explicó la Corte Interamericana, tiene dos dimensiones; la primera se refiere a la libertad de expresar el propio pensamiento de manera hablada o escrita; en tanto que la segunda dimensión se refiere a la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de cualquier índole.

Ahora bien, con relación al artículo 13.4, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo la salvedad de que la censura previa a que se refiere esta hipótesis, es con relación a espectáculos públicos, pero sólo con el fin de regular su acceso para la protección moral de la infancia y adolescencia, pues en todos los demás supuestos, la censura previa debía considerarse contraria a la libertad de pensamiento y expresión.

La Corte arribó a la consideración, señalada en el párrafo 72, de que el Estado Chileno había incurrido en responsabilidad internacional, en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución, establece la censura previa en la producción cinematográfica y con ello, tal disposición obliga a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial..

f) En el capítulo X, la Corte Interamericana de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que el Estado de Chile había incumplido con las obligaciones derivadas de los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con respecto a la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. En el párrafo 88, se precisó que la censura cinematográfica consignada en el artículo 19, número 12 de la Constitución de ese Estado, incumplía con el deber de adecuar el derecho interno a la Convención.

En la última década, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido sentencias condenatorias en contra del Estado Mexicano por violación a los derechos humanos reconocidos de fuente internacional, en los casos siguientes: Castañeda Gutman, 6 de agosto de 2008; González y otras “Campo Algodonero”, 16 de noviembre de 2009; Radilla Pacheco, 23 de noviembre de 2009; Fernández Ortega, 30 de agosto de 2010; Rosendo Cantú, 31 de agosto de 2010; Cabrera García y Montiel Flores, 26 de noviembre de 2010.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha analizado el efecto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la tesis que siguen:

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.³⁸⁷

CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES

³⁸⁷ 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; p. 556

MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.³⁸⁸

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EFECTOS DE SUS SENTENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. El Estado Mexicano se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998, mediante declaración unilateral de voluntad que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1999. En ese sentido, los artículos 133 y 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconocen la vigencia de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico interno y establecen la obligación de las autoridades nacionales de aplicar los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales vigentes en nuestro país. Por lo anterior, la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, generan como una consecuencia ineludible que las sentencias emitidas por dicho tribunal internacional, en aquellos casos en los cuales México haya sido parte en el juicio, resulten obligatorias para el Estado mexicano, incluidos todos los jueces y tribunales que lleven a cabo funciones materialmente jurisdiccionales. Esta obligatoriedad alcanza no sólo a los puntos resolutivos de las sentencias en comento, sino a todos los criterios interpretativos contenidos en las mismas.³⁸⁹

³⁸⁸ 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; p. 550

³⁸⁹ 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1; p. 650

No obstante que en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha fijado cómo se deben cumplir con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, habría que considerar los efectos, que tendría el derecho internacional de los derechos humanos, con respecto al derecho constitucional; es decir, en el supuesto de que se presentara una colisión y de esta colisión resultara que las normas constitucionales violan algún tratado sobre los derechos humanos, ¿qué aclaraciones resultarían necesarias en los criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación?

La pregunta planteada, no es sólo especulativa, pues hay por lo menos tres supuestos que podrían conformar un conflicto normativo:

- a) El arraigo, por cuarenta días, consignado en el artículo 16 Constitucional.
- b) La restricción al recurso de revisión de algunas decisiones del Consejo de la Judicatura Federal, artículo 100 Constitucional; y,
- c) La baja, cese o separación de servidores públicos, en términos del artículo 123, apartado b), fracción XIII de la Constitución, que no pueden ser reinstalados no obstante que su baja, separación o cese haya sido injustificado.

Es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha abordado algunos de estos temas y ha justificado de algún modo la compatibilidad entre el derecho interno, con el derecho internacional. Sin embargo, por ahora, no se tiene noticia de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haya analizado alguno de estos casos.

7. Derecho comunitario

El derecho comunitario de la Unión Europea, se desarrolló de manera evidente después de la segunda guerra mundial; en los ordenamientos de Europa continental surgió una tendencia al reconocimiento del derecho internacional y al nacimiento de un nuevo orden jurídico que incluyó normas que regularon la integración económica, política y se emitieron otras, de carácter supranacional, que se calificaron como derecho comunitario. Se trata de un sistema que se ubica

en una posición intermedia entre el derecho interno y el derecho internacional público.³⁹⁰

El sistema comunitario ha abierto un nuevo panorama; para ello se han tenido que replantear conceptos tradicionales en el esquema de los estados sociales y democráticos de derecho. Los límites acostumbrados que se habían asignado a la soberanía, la jurisdicción y sobre todo las fuentes del derecho aplicable a los estados miembros constituyen aspectos evidentes de una transformación, en la que México y los países Latinoamericanos no pueden quedar ajenos.

La pregunta que aquí importa sobre el derecho comunitario, sería la del sistema normativo comunitario.

La Corte Europea ha resuelto aplicar principios jurídicos para evitar las dificultades que provienen de las legislaciones de los estados miembros de la comunidad. Se trata de principios que emanan de distintas fuentes, principalmente aquellos de los tratados de la propia comunidad, pero también de los estados miembros.³⁹¹

En este sentido, por ejemplo, el artículo 12 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea señala que se prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los ciudadanos de la comunidad. Este principio ha constituido la base para la creación de una doctrina general sobre el derecho de igualdad, que se ha aplicado a diversos supuestos en los que se ha prohibido la discriminación por cualquier otra razón.³⁹²

El procedimiento para resolver con estos principios se lleva en dos partes; una de carácter inductivo y otra deductivo; en la primera se extrae el principio aplicable del tratado o de la legislación de algún estado miembro; una vez que se precisa el principio, la corte procede a fijar una solución a partir de su aplicación al caso concreto. No es indispensable que los principios sean aceptados por todos los países miembros, es suficiente con que los acepten la mayoría. Sin embargo,

³⁹⁰ Fix Zamudio, Héctor, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos, Estudios Comparativos*, ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999. pp. 209-210.

³⁹¹ El artículo 38, apartado 1, inciso c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contempla a los principios generales de derecho que han sido reconocidos en las naciones civilizadas.

³⁹² Hartley, TC, *The Foundations of European Community Law*, ed. Oxford, London 2007, p. 131.

el principio se aplica como parte del derecho comunitario, no como derecho nacional.³⁹³

La Corte Europea ha buscado firmemente la efectividad del derecho comunitario y en este sentido ha construido una doctrina en la que el derecho comunitario se rige por el principio de supremacía sobre el derecho nacional de los estados miembros. Esta doctrina ha sido aceptada por las cortes nacionales; sin embargo en los inicios de la comunidad, los abogados Alemanes dudaban de la supremacía del derecho comunitario.

Uno de los precedentes que orientaron la preeminencia del derecho comunitario fue el caso 11/70 *Internationale Handelsegesellschaft* 1970. Se emitió una norma comunitaria, para el control de productos agrícolas. Los que quisieran exportar esos productos, debían garantizar el trámite de la exportación, de manera que si no se concretaba ésta, el agricultor perdía su garantía. Los afectados con esta medida alegaron violación a sus derechos humanos, en el contexto del principio de proporcionalidad, pues las obligaciones impuestas, no guardaban proporción con los objetivos públicos que se pretendían salvaguardar. El tribunal administrativo Alemán, resolvió que la medida resultaba contraria a la Constitución Alemana; el asunto pasó a la Corte Europea la que resolvió que los derechos constitucionales de un estado miembro, no podrían afectar a los derechos de la Comunidad sin embargo, teniendo en cuenta que el Tribunal Administrativo había encontrado que se violaron los derechos fundamentales con la ley que consignaba las garantías a la exportación, era necesario analizar si esa norma violaba algún derecho o principio de la comunidad, por lo que después de hacer este análisis llegó a la conclusión de que no había razón para declarar la invalidez.³⁹⁴

Es evidente que el derecho comunitario, se ha impuesto sobre el derecho de los estados miembros.

Ahora que en México se ha constitucionalizado el derecho internacional, con su incorporación al artículo 1º Constitucional, no ha quedado aclarado el sitio

³⁹³ *Ibidem* p. 132.

³⁹⁴ *Ibidem*, pp. 134-135.

que debe ocupar el derecho interno, con respecto al derecho internacional, probablemente el ejemplo europeo pueda inspirar un nuevo entendimiento sobre la relación entre el sistema normativo y su sistema subsidiario. Es tiempo de ir abandonando la racionalidad doméstica de los estados de derecho y las soberanías internas; es necesaria una ruptura en los paradigmas para generar nuevos parámetros de racionalidad en el contexto de una cooperación internacional.

Aun con todo, hay que preservar el enfoque crítico, porque existen grandes diferencias entre los países latinoamericanos con los países europeos; esto se ha visto con los problemas que han surgido con motivo de la centralización de las economías en bloques internacionales, si bien han prometido el impulso del comercio mundial, generación de empleo y tecnología, lo cierto es que en México desde la firma del Tratado de Libre Comercio a pesar de que se han incrementado notablemente las operaciones económicas internacionales, existe una mayor variedad de productos y servicios, también es verdad que ésta creciente transformación de los mercados, ha traído deterioro para la ecología y sobre todo, una desigual distribución del ingreso.³⁹⁵

8. Resumen

El participante, como experto, debe tener un conocimiento preciso del sistema normativo que conforma el máximo referente de racionalidad. En el sistema normativo debe encontrar la respuesta a los casos fáciles y difíciles pero a la vez, debe hacer compatibles sus soluciones con las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas, en la visión del afectado, A y del observador, O, que también reconocen en el derecho válido del propio sistema o bien, en su sistema subsidiario.

La constitución es la premisa fundamental sobre la que se edifica el sistema normativo; sus antecedentes, vigencia y eventual desarrollo, conforman

³⁹⁵ Flores Quiroga, Aldo, La Perspectiva Económica de los Tratados de Libre Comercio, en *Jornadas sobre México y los tratados de libre comercio*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003, p. 35.

una explicación sobre su naturaleza y las relaciones internas, que propician sus cambios.

El participante, debe entender al sistema constitucional, en un sentido lineal, que va recorriendo distintos órdenes jurídicos, en los que su premisa, persistentemente es una constitución mutable; asimismo, debe considerar que un sistema normativo se constituye por los principios de orden y unidad desde una visión reservada, sobre la idea del legislador racional, lo que impone que un sistema es completo y libre de contradicciones, conforme a los principios de coherencia y consistencia

En un largo recorrido por la Ilustración; las ideas contractualistas; el principio de división de poderes; el reconocimiento de los derechos del hombre a la libertad, igualdad y seguridad jurídica; así como la redacción de distintos documentos: la *Carta de Williamsburg*; la Declaración de Independencia de Thomas Jefferson; las Constituciones de Estados Unidos; la de México y la de Weimar, el constitucionalismo va confeccionando su tránsito al neoconstitucionalismo.

México, después de seis Constituciones y dos Estatutos, llega al siglo XXI, con una Constitución renovada. La Constitución de 1917, ha recorrido más de 50 reformas; las de los últimos diez años han terminado de perfilar los más claros detalles del neoconstitucionalismo: la reforma indígena; la justicia penal para adolescentes; el derecho a la información; el sistema penal acusatorio y la extinción de dominio; las acciones colectivas y la más relevante, la reforma sobre derechos humanos, que incluye cambios sustanciales al juicio de amparo.

Los casos: expediente varios 912/2010 del señor Rosendo Padilla Pacheco; la contradicción 293/2011, y la acción de inconstitucionalidad 155/2007, entre otros, han puesto a prueba a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el nuevo esquema constitucional. Como resultado, se han replanteado las premisas tradicionales sobre el control difuso de constitucionalidad y la jerarquía de los tratados internacionales.

Si antes se proscribía el control difuso de constitucionalidad; ahora, todas las autoridades en el ámbito de sus atribuciones, pueden realizar este control en el contexto de los derechos humanos consignados en la constitución.

Por otro lado, en el cumplimiento a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales sobre los derechos humanos, conforme a los principios de respetar, proteger, garantizar y promover; así como los principios pro persona, interdependencia, universalidad y progresividad, se ha introducido el control convencional *ex officio* que ha abierto el acceso a un sistema subsidiario del sistema constitucional, el cual impone un juicio de compatibilidad entre el derecho interno con el derecho internacional; pero eventualmente, ante un conflicto normativo, habrá de optarse por la protección más amplia.

Aún queda pendiente el tema de la supremacía constitucional; en el contexto del derecho comunitario se ha definido la preeminencia sobre el derecho nacional; en México, probablemente habrá que aproximarse cautelosamente a ese punto. Por lo pronto, se podría estructurar una regla general de supremacía del derecho interno, que podría tener como excepción al derecho internacional sobre los derechos humanos, cuando se actualice la cláusula de la protección más amplia.

El control de convencionalidad *ex officio* ha hecho de cada juez Mexicano, un juez Iberoamericano.

CAPÍTULO 5.

LA MORALIDAD EN EL SISTEMA NORMATIVO Y SU SISTEMA SUBSIDIARIO.

1. Positivismo- naturalismo. 1.1. El debate Hart-Fuller. 1.2. El debate Hart-Dworkin. 2. El fundamento de los derechos humanos. 3. Concepto de principios jurídicos. 4. Principios en el sistema normativo mexicano y su sistema subsidiario. 4.1. Principios en el sistema subsidiario. 5. La aplicabilidad de los principios, ponderación y juicio de proporcionalidad. 6. La teoría de R.M Hare sobre el razonamiento moral. 6.1. Superveniencia y Universalización. 6.2. El razonamiento moral. 7. Resumen.

*Imagine all the people
Sharing all the world
John Lennon*

1. Positivismo- naturalismo

El participante, debe hacer una lectura del sistema normativo, para encontrar en él la norma válida que le permita resolver el caso que se pone a su conocimiento; debe argumentar a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema DV de S o S1 y esa norma q, debe colmar las expectativas fundadas en S o S1, de A y O.

El hallazgo de esta norma, es una tarea compleja, sobre todo si se considera, desde un enfoque neoconstitucionalista, que la constitución define los parámetros de racionalidad en el entendimiento de un sistema de normas y principios pero además, que la tutela de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, se ha incorporado a la Constitución, a partir del control difuso y del control convencional.

A las operaciones deductivas, concretadas mediante la subsunción, se les suma la ponderación de principios y el juicio de proporcionalidad. En esta dicotomía es preciso asistirse de un panorama filosófico sobre el desarrollo que ha conducido a entender el sistema normativo, como un conjunto de normas y principios, pero sobre todo a la idea de que en los principios se puede encontrar una moralidad que irradia sobre el sistema normativo.

En el conflicto, entre el positivismo y el derecho natural, es en donde se encuentra el origen del problema de la moralidad del derecho.

Eusebio Fernández,³⁹⁶ se remite al concepto de Carlos Santiago Nino, sobre el derecho natural y dice:

La concepción iusnaturalista –escribe- puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis: a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificadas de “jurídicas” si contradicen aquellos principios morales o de justicia. Si alguien rechaza alguna de estas tesis, aun cuando acepte la otra (suponiendo que ello sea posible), no será considerado un iusnaturalista.

El derecho natural puede verse desde dos vertientes; el derecho natural ontológico y el derecho natural deontológico; el primero, que se refiere al derecho natural que se funda en la ciencia del ser, se remonta al derecho natural greco-romano; al iusnaturalismo escolástico medieval; así como, al iusnaturalismo racionalista y la corriente neotomista, contemporáneas; por su lado, el derecho natural deontológico se desenvuelve con autores como Alessandro Passeri, D’Entreves, Hanz Welzel y Frede Castberg.³⁹⁷

El iusnaturalismo racionalista (ontológico), se separa del racionalismo anterior, el de la tradición Griega, Romana y Medieval; es el punto de referencia entre el racionalismo de fundamento metafísico y el naturalismo fundado en la razón humana, en la inspiración de Hobbes; Locke, Rousseau, Wolf o Kant. El derecho natural, se encuentra en la organización social y política del Estado, en el contrato social, en el reconocimiento objetivo de los derechos y subjetivo para su efectividad. Esta concepción es el punto de inspiración para las declaraciones de derechos: de Virginia 1776; Declaración de Independencia de Estados Unidos 1776; y la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.³⁹⁸

³⁹⁶ Op. Cit. Fernández, Eusebio, *El iusnaturalismo*, en, *El derecho y la justicia*, ed. Trotta, Madrid, 2000, p. 55.

³⁹⁷ Fernández Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, en Anuario de Derechos Humanos, No. 1, ed. Universidad Complutense, Madrid 1982, p.81.

³⁹⁸ *Ibidem*, p.85.

Para el derecho natural deontológico, el derecho natural se expresa como una serie de principios jurídicos, que están por encima del derecho positivo; son juicios de valor que encuentran fundamento en la naturaleza humana.³⁹⁹

Descartes, Hume, Locke, Berkeley, Bacon, Kant, Mach, Avenarius, Comte, y el Círculo de Viena prepararon el advenimiento del positivismo de los siglos XIX y XX representado por Bentham, Austin, H.L.A.Hart, Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli y Kelsen; todos, tenían el propósito de construir una ciencia jurídica que separara a las consideraciones metafísicas del derecho; sólo los hechos empíricos podrían constituir el objeto del conocimiento; por tanto la filosofía positivista postulaba: a) la existencia de fenómenos y leyes descriptivas de los fenómenos; b) la organización peculiar de organización de los fenómenos y c) el rechazo de las explicaciones metafísicas.⁴⁰⁰

En el positivismo, en un afán por preservar el valor objetivo de la ley, se consideró que la legislación es independiente de cualquier tipo de valoración moral.⁴⁰¹

Kelsen sostuvo que el único objeto de estudio del positivismo jurídico, es el derecho positivo: la norma jurídica; sus elementos; el orden jurídico en su totalidad y la relación con diferentes órdenes; por lo que se debía rechazar cualquier otro objeto de estudio.⁴⁰²

La validez de una norma, según el pensamiento de Kelsen, depende de su derivación de otra norma hasta llegar a la norma fundamental; pero no de un sistema de valores. La razón de esto, se sustenta en una visión relativista de los valores a partir de tres argumentos: a) un historicista, que apunta a la variabilidad de los valores en el curso histórico; b) otro de orden lógico, en el sentido de que no puede hacerse derivar el ser, del deber ser y finalmente, c) un argumento gnoseológico, a partir del que explica que cada persona pretende que sus valores,

³⁹⁹ *Ibidem*, pp.86-88.

⁴⁰⁰ Op. Cit. Schmill O., Ulises, *El Positivismo Jurídico*, en *El derecho y la justicia*, pp. 66-67.

⁴⁰¹ Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, ed. Barcanova, Temas Universitarios, Barcelona, 1985, p. 238

⁴⁰² *Ídem*.

se consideren como objetivos; sin embargo, no son más que una proyección de su propia subjetividad.⁴⁰³

Bobbio, por su parte, a pesar de que se afilia al pensamiento positivista, considera que se podría plantear una crítica sobre el derecho positivo y reconocer su validez, en tanto realice algunos valores como la paz y la seguridad jurídica, pero con esta postura no acoge una visión naturalista.⁴⁰⁴

Para comprender la visión de Bobbio, es necesario apuntar que el positivismo puede examinarse desde tres puntos de vista: a) como un modo de acercarse al estudio del derecho; b) como teoría del derecho; y c) como ideología. El acercamiento al derecho, supone al derecho como es y separa al hecho, de los valores. En el hecho se funda el espíritu científico y corresponde a lo que el derecho es; en cambio, los valores dicen lo que el derecho debe ser, con esto, desde el enfoque teórico, Bobbio distingue al derecho, de la filosofía. Esta separación, no obstante, no es excluyente, sino que el positivismo, desde la teoría, puede ocuparse del estudio del objeto del derecho, sobre cómo es; en tanto que el naturalismo, sobre cómo debe ser el derecho.⁴⁰⁵

El aspecto controversial, es el que corresponde a la ideología, pues se trata de una posición valorativa que se adopta frente a la realidad; para el naturalismo un orden jurídico, puede considerarse como tal, en tanto realiza el valor de la justicia; para el positivismo, toda norma, por el hecho de ser positiva, es válida. No obstante, Bobbio atempera esta visión extrema del positivismo y considera que el derecho tiene un valor en sí mismo, como la realización de la paz y seguridad, pero este valor es sólo instrumental.⁴⁰⁶

Las corrientes iusnaturalistas fueron criticadas por el positivismo jurídico. Alf Ross, citado por Eusebio Fernández decía:

...la oposición entre la filosofía del derecho natural y una teoría jurídica realista, de fundamento sociológico, no es un contraste entre dos teorías

⁴⁰³ De la Torre Martínez, Carlos, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 238-239.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, pp. 241-243.

⁴⁰⁵ *Ídem*.

⁴⁰⁶ *Ídem*.

científicas, sino entre una perspectiva en la que se combinan la magia, la religión y la metafísica, y otra de naturaleza científica.⁴⁰⁷

1.2. El debate Hart – Fuller

Martin Krygier en un artículo llamado el debate entre Hart y Fuller, y las sociedades en transición, explica que la discusión se centró en los temas relacionados con la ley y la moral en el régimen Nazi; particularmente en la sociedad alemana que sobrevivió a la catástrofe, jueces y oficiales que colaboraron al amparo de leyes injustas.⁴⁰⁸

En general, una sociedad en transición es aquella que atraviesa el umbral de un cambio derivado de guerras civiles, revoluciones o cambios de regímenes. En estas sociedades siempre se cuestiona las decisiones institucionales que fueron tomadas durante la vida de los sistemas derrocados.⁴⁰⁹

Las posiciones radicalmente positivistas, disminuyeron su intensidad con motivo de la inobjetable evidencia de que la ley y las consideraciones morales, tuvieron un punto de división. Radbruch fue un positivista antes de la Segunda Guerra Mundial, pero modificó sus puntos de vista, como lo dijo Hart al señalar:

Sus reflexiones lo llevaron a la doctrina de que los principios fundamentales de la moralidad humana eran parte del propio concepto de derecho o legalidad y que no habría legislación o ley que pudiera considerarse válida si contraviene los principios básicos de moralidad. ... queda claro que la doctrina significa que cada abogado o juez deben denunciar la legislación que transgrede los principios fundamentales, no sólo por considerarla simplemente inmoral o mala, sino porque no tiene el carácter de ley. [trad. MMM]⁴¹⁰

No obstante, Hart no se ve particularmente atraído por estas razones, es cierto que considera que las leyes Nazis fueron legítimas y de un contenido repugnante sin embargo, al parecer, consideró innecesario ocuparse de ese contenido. No es una historia feliz, pero si una historia simple.⁴¹¹

⁴⁰⁷ Op. Cit. Fernández Eusebio, *El iusnaturalismo*, p. 58.

⁴⁰⁸ Krygier, Martin, *The Hart-Fuller Debate, Transitional Societies*, en *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Peter Cane, ed. Oxford, Hart Publishing, Portland Oregon 2010, pp. 107-109.

⁴⁰⁹ Ídem.

⁴¹⁰ Ídem.

⁴¹¹ Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012. Hart, en el subcapítulo denominado *Validez Jurídica y Valor Moral*, deja ver su punto de vista con toda

Fuller tiene otra perspectiva, según Martin Krygier, Fuller consideraba que para Hart no importaba el contenido de la ley, sus fines eran distintos; mientras que para los ingleses los fines que perseguía el régimen Nazi eran odiosos.

Fuller señalaba que la ley de Hitler no era en realidad una ley. Que no se puede llamar ley a la que se promulga en secreto para matar en los campos de concentración; a la que se aplicaba de forma retroactiva; como tampoco podría llamarse ley, al incumplimiento de las propias leyes del régimen, cuando ello era conveniente.

En cuanto a los jueces del régimen Nazi, Hart, señala que tenían que aplicar las leyes a sucesos del pasado, aunque sus leyes eran horribles, pero no había ninguna diferencia en cuanto a la responsabilidad que tenían los jueces ingleses.

En cambio, Fuller consideraba que la manera en la que se resolvieran eventos del pasado, tiene efectos en la forma en la que se va configurando el futuro, por tanto, si los jueces ingleses tuvieran que aplicar esas leyes alemanas, no estarían haciendo un trabajo rutinario, tendrían que evaluar las consecuencias que derivarían de aplicar ese derecho, si en realidad podía considerarse derecho.

Fuller señalaba que para que se pueda considerar a la ley, como ley; esta debe tener una moralidad interna, constituida por reglas generales, en lugar de simples pronunciamientos; debe ser pública y estar disponible para los afectados; debe estar orientada en un análisis prospectivo, no retrospectivo; debe ser comprensible; no contradictoria; no debe pedir lo imposible; no debe cambiar tanto para evitar que se puedan diseñar guías de acción; y debe ser administrada en la forma en la que se ajuste a sus términos.

La posición de Fuller, con respecto a la moralidad, deriva de la concepción de que el derecho lleva un contenido moral implícito, por ejemplo, en principios

claridad: “Sin embargo, es obvio que no es necesario que el derecho ni la moral aceptada en las sociedades extiendan estas protecciones y beneficios mínimos a todas las personas comprendidas por sus reglas, y también lo es que con frecuencia no ha habido tal extensión. En las sociedades en que existe la esclavitud, el grupo dominante puede perder la noción de que los esclavos son seres humanos y no simples objetos para ser usados, aunque ese grupo puede seguir teniendo la mayor sensibilidad moral respecto de las pretensiones e intereses de cada uno de sus miembros. Cuando se preguntó a Huckleberry Finn si la explosión de la caldera de un barco había herido a alguien, contestó: *No, mató a un negro*. El comentario de la tía Sally, *Que suerte, porque a veces la gente resulta herida*, resume toda una moral que a menudo ha prevalecido entre los hombres”, p. 247.

que prohíben la aplicación retroactiva; principios que se refieren a la publicidad de la ley; a la generalidad de la ley o a su coherencia.⁴¹²

1.3. El debate Hart Dworkin

César Rodríguez explica que Hart funda su teoría sobre el concepto de derecho a partir de los tres grandes aspectos de la teoría del derecho; su relación con: a) la coerción; b) la moral y c) las reglas.⁴¹³

Hart, plantea una explicación descriptiva de lo que es el derecho; como método, se afilia a la filosofía analítica, que floreció en Oxford, con J. Austin; y con Ludwin Wittgenstein en Cambridge. La filosofía analítica ve en el lenguaje, una perspectiva de análisis del derecho, que se complementa con las prácticas sociales.⁴¹⁴

La teoría desarrollada por Hart, se fundó en una crítica a la concepción de derecho de Austin; según Hart, Austin consideró que en el derecho debe existir alguien que imponga amenazas a través del derecho y ese alguien es el soberano. No obstante, Hart considera que las amenazas por sí mismas no dan una explicación sobre el sentido de la obligatoriedad de las normas, por tanto a las normas debía considerárseles no sólo como amenazas sino como obligaciones que son reconocidas en las reglas de una sociedad; este reconocimiento se respalda desde el punto de vista externo y desde el punto de vista interno; en el punto de vista externo sólo se puede registrar un comportamiento derivado de una práctica social, pero la obligatoriedad de ese comportamiento se puede entender desde el punto de vista interno y, distingue tres categorías de reglas: reglas primarias; secundarias y la regla de reconocimiento.⁴¹⁵

- a) Las reglas primarias imponen una obligación positiva o negativa a los individuos, es decir quedan sujetos a una acción o a una omisión. Estas

⁴¹² Op. Cit. Krygier, Martin, *The Hart-Fuller Debate, Transitional Societies*, en *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, p 109.

⁴¹³ Rodríguez, César, *La decisión judicial el debate Hart-Dworkin*, ed. Universidad de los Andes, 4ª reimp., Colombia, 2002, Siglo del Hombre Editores, p. 20.

⁴¹⁴ *Ibíd*em p. 21.

⁴¹⁵ *Ibíd*em pp. 25-29.

reglas pueden ser por ejemplo, las emanadas de las obligaciones civiles de las personas.

- b) Las reglas secundarias otorgan facultades a las autoridades o a los particulares para crear, modificar o extinguir o determinar a las reglas de tipo primario. Dentro de las reglas secundarias, se encuentran las reglas de cambio, que otorgan facultades a los particulares o a los legisladores, para crear reglas primarias; también, se tienen a las reglas sobre la función judicial, a las que denomina reglas de adjudicación.
- c) La regla de reconocimiento es aquella que permite identificar a una norma como perteneciente al sistema jurídico, mediante una operación en la que una norma se corresponde con otra hasta llegar a la constitución; esto, mediante la estructura jerárquica que permite determinar su origen, linaje o pedigrí en una cadena de eslabones. No obstante, la cuestión sobre la validez de la constitución, carece de un criterio adicional, ya que no hay otra regla que pueda estar por encima de la constitución. Se trata de un hecho social, que tiene el máximo grado de aceptación social y puede ser descrita como un enunciado externo.⁴¹⁶

La tesis de Hart sobre el concepto de derecho, se funda principalmente en los siguientes puntos:

1) Existe una separación conceptual entre el derecho y la moral; se debe distinguir lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser.

2) Existe una regla de reconocimiento que constituye el criterio último del sistema social y que identifica a las normas pertenecientes a dicho sistema. Las prácticas sociales son las que originan a las normas jurídicas y les confieren certeza.

3) En los casos difíciles la interpretación del derecho se hace a partir de un ámbito de discrecionalidad que la ley ha conferido a los jueces y participan como legisladores.

⁴¹⁶ Ídem.

En los últimos años, la teoría del derecho se ha ocupado de analizar el tema sobre los principios jurídicos a partir de un artículo de Ronald Dworkin publicado en 1967 con el título de “*The model of Rules*”. Este trabajo junto con otros dos: “*Social Rules and Legal Theory*” y “*Hard Cases*” se reunieron en el libro “*Taking Rights Seriously*” en 1977.⁴¹⁷

En términos generales Dworkin, en el primero de los artículos planteaba objeciones a la teoría del positivismo jurídico de Hart, fundamentalmente centradas en la regla de reconocimiento, que según Dworkin, no daba cuenta de la existencia de principios jurídicos que también podían reconocerse en el sistema jurídico.⁴¹⁸

Por otra parte, Dworkin precisa que la regla de reconocimiento no debe fundarse en las prácticas sociales, pues su verdadero sustento es de orden valorativo, normativo y justificativo, como lo explica Cesar Rodríguez.

En todo sistema jurídico “alguna regla o principio “normativo”, o un conjunto complejo de éstos, es el estándar apropiado que deben usar los jueces para identificar las reglas o principios particulares del derecho. Una norma pertenece al ordenamiento jurídico de una comunidad si es conforme con el conjunto de principios defendidos por la teoría que mejor explica y justifica las prácticas jurídicas de dicha comunidad... El derecho, no es conceptualmente independiente de la moral. En otras palabras, no es posible identificar el contenido del derecho –reglas y principios- sin acudir a la moralidad política.”⁴¹⁹

La tesis del positivismo suave, derivó de la réplica dada por Hart a las objeciones de Dworkin.

Hart aclaró que en su concepto de derecho, aceptaba que la regla de reconocimiento podía incorporar principios morales o valores sustantivos, como criterios de validez, que si la constitución era la fuente originaria para entender lo que es el derecho y esta incluía valores, por tanto, los valores debían considerarse implícitos en la regla de reconocimiento; por tanto la validez de una norma no

⁴¹⁷ Rodríguez, César. Op. Cit, pp. 35-38.

⁴¹⁸ Ruiz Manero, Juan, *Principios Jurídicos en El derecho y la justicia* comp., Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, 2da. ed., Trotta, Madrid 2000, p. 149.

⁴¹⁹ Rodríguez, César. Op. Cit, pp. 58-59.

dependería únicamente de su pertenencia o *pedigrí*, sino también de su contenido, cuando este se remita a principios o valores.⁴²⁰

En cuanto a los principios, estos se encontraban expresamente consignados en el derecho; en pronunciamientos judiciales o podían extraerse de normas positivas, comprendidas en la regla de reconocimiento.⁴²¹

Frente a estas aclaraciones, se plantea la interrogante sobre si Hart y Dworkin estaban realmente en desacuerdo.

Además, Dworkin explica que la práctica del derecho es interpretativa, pues surgen desacuerdos que no sólo se concretan a una función descriptiva, es decir a evaluar si un hecho se demostró o no; los desacuerdos, también son teóricos y se fundan en el contenido implícito de los enunciados normativos. Se plantean distintos argumentos sobre sus significados y sobre los límites que se les debe asignar cuando surge un enfrentamiento entre reglas y principios, o incluso entre principios, como el que se presenta entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.⁴²²

El derecho como una práctica interpretativa, debe agotar un procedimiento preinterpretativo, interpretativo y postinterpretativo. En la fase preinterpretativa, simplemente se reconoce a una regla o a un principio como parte del sistema normativo. En la fase interpretativa se debe aportar una alternativa, como la mejor posible que justifique según la moralidad política, cómo debe entenderse la práctica a partir de su coherencia con otras reglas y principios que en la mayor medida posible, resulten compatibles. En la parte postinterpretativa se deben hacer ajustes a la práctica judicial para adecuarla a los requerimientos obtenidos durante la fase interpretativa.⁴²³

No obstante las precedentes diferencias, el punto central de discrepancia entre Hart y Dworkin, es el relativo a la discrecionalidad de los jueces. Hart

⁴²⁰ Escudero Alday, Rafael, *Los Calificativos del Positivismo Jurídico, El debate sobre la incorporación de la moral*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, El autor se remite a lo señalado por Hart en su libro *El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral*”, fechado en 1958 para demostrar que es un error que Dworkin haya desconocido que en los sistemas jurídicos se incorporan criterios de validez normativa, principios de justicia o valores morales sustantivos, cuyo cumplimiento se convierte en indispensable para que las normas puedan considerarse jurídicas, p. 47

⁴²¹ *Ibíd.*, p. 54

⁴²² *Op. Cit.*, Rodríguez César, pp. 61-66.

⁴²³ *Ídem.*

considera que los jueces, gozan de una amplia discrecionalidad y que a diferencia de los legisladores, los jueces tienen que escuchar a las partes y ser imparciales o en otras palabras gozar de una virtud del temperamento judicial orientada hacia una comprensión de las buenas pasiones. Dworkin por otro lado, asume que pueden existir soluciones para casos difíciles pero que una es la más correcta y que en este sentido, los jueces gozan de una discrecionalidad débil, sólo deben buscar la mejor respuesta en el reconocimiento de las reglas o principios, del propio sistema.⁴²⁴

El encuentro entre Hart y Fuller; y, Hart y Dworkin, lleva a comprender que el positivismo originario, fundado en la aspiración de concretar un conocimiento científico sobre lo que es el derecho y el sistema normativo en el que opera, ha ido gradualmente aminorando esa postura y de algún modo la tesis de Bobbio, que asume que lo que el derecho debe ser, se compagina con lo que el derecho es y la concepción de que la regla de reconocimiento comprende tanto a las normas como a los principios, son evidencia de esta palpable tendencia.

Sin embargo, el contexto de la moralidad se ha circunscrito a aquella que puede derivar de los principios que se reconocen como válidos al integrarse a la norma fundamental; empero, como se discutió entre Fuller y Hart, ¿qué se puede esperar cuando la norma fundamental es la que reconoce principios, pero enfocados en una moral cuestionable? Se puede pensar, por ejemplo, en el principio de la preservación de la raza Alemana, y el exterminio de la judía.

La aserción precedente podría llevar a asumir que en efecto, el reconocimiento de los principios como válidos, por derivar de una norma constitucional, involucra una relación necesaria entre el derecho y una sistema moral; pero, más allá de advertir esta relación, el derecho ¿tendría que sustentarse en una moral razonable?.

Esta pregunta ha sido atendida por Robert Alexy en el tema sobre la tesis de corrección.⁴²⁵

⁴²⁴ *Ibidem*, pp. 56-88.

⁴²⁵ *Op. Cit.* Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, p 81.

Alexy, explica que cuando los principios reconocidos en el derecho positivo, se ajustan a una moral permitida, tal situación no representa el mayor problema; incluso la ejemplifica con los seis principios básicos de la Ley Fundamental Alemana: *dignidad humana; libertad; igualdad; democracia, estado de derecho; y estado social*. Los anteriores principios exigen su realización más amplia pues se fundan en ideales de la ley fundamental.⁴²⁶

Sin embargo, cuando los principios apuntan hacia una moral incorrecta o insoportablemente injusta, (Radbruch) no podría asumirse que, ante tal posibilidad, todo el derecho basado en principios es un derecho con una moral permitida, por lo que en este caso, es preciso un argumento de corrección moral, cuya fundamentación habrá de estructurarse a partir de un referente axiológico, que contraste con el principio dudoso, y lo rebaje a una moral prohibida.

Esta teoría, en mi opinión, debe fundarse en los valores universales, insertos en el derecho internacional, a través del *jus cogens*,⁴²⁷ o derecho imperativo, que consigna los principios axiológicos superiores de la convivencia social, la dignidad, la igualdad, la seguridad, la solidaridad; pero también, es preciso que el participante, se asista de un razonamiento subjetivo, orientado en una posición ética, inscrita en una filosofía irracionalista (Schopenhauer; R.M. Hare), que integre a la fijación de las consecuencias, una visión amplia y crítica, sobre las expectativas del observador y el afectado, considerando a la compasión, más que a la justicia.

No habría mayor obstáculo en considerar este esquema axiológico en el sistema constitucional Mexicano, precisamente porque la reforma al artículo 1 Constitucional, ha fijado la posibilidad de asistirse del derecho internacional sobre los derechos humanos, a través de la cláusula pro-persona.

⁴²⁶ Ídem.

⁴²⁷ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dispone: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.” Esta disposición delimita la existencia de normas imperativas del derecho internacional general, que es lo que se conoce como *jus cogens*.

Sin embargo, la solución a esos complicados conflictos éticos, no terminaría simplemente con acudir a un sistema internacional de tutela de los derechos humanos, pues la labor interpretativa continuaría con delimitar el significado ético de esos derechos, que la mayor de las veces, se constituyen en principios, como la dignidad, la libertad, la seguridad, cuyo contenido debe concretizarse, para poder justificar una decisión difícil.

2. El fundamento de los derechos humanos

El fundamento de los derechos humanos o más precisamente, como lo ilustra Eusebio Fernández, de los derechos fundamentales del hombre, ha sido estudiado desde distintos puntos de vista, pero se pueden destacar tres corrientes, que se apoyan en distintas justificaciones: a) un fundamento iusnaturalista; b) un fundamento historicista y, c) una fundamentación ética.⁴²⁸

Eusebio Fernández explica, remitiéndose a J. Maritain, (quien hizo el prólogo de *Los Derechos del Hombre*”, antecedente de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU, 1948) que la posición iusnaturalista y la posición historicista, son irreductibles.⁴²⁹

La irremediable contradicción entre esos dos puntos de vista, consiste en que el iusnaturalismo postula la existencia de derechos inalienables al hombre, anteriores y superiores a la sociedad; en tanto que el criterio historicista apela al reconocimiento de los derechos, con motivo del devenir histórico. La delimitación y creciente reconocimiento de estos derechos se debe al progreso y evolución de las sociedades; por tanto, según esta visión histórica, no hay forma de justificar la existencia de derechos anteriores a la sociedad.⁴³⁰

La crítica a la fundamentación iusnaturalista de los derechos fundamentales del hombre ha apuntado a señalar que mientras el derecho positivo no reconozca

⁴²⁸ Op. Cit. Fernández Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, p.78.

⁴²⁹ Ibídem. “Ni la fundamentación iusnaturalista (para la cual el fundamento de los derechos humanos estaría en el derecho natural, deducido de una naturaleza humana supuestamente universal e inmutable), ni la fundamentación historicista (cuyo fundamento estaría en la historia, cambiante y variable) responden coherentemente a esta pregunta sobre el fundamento. Creo que la fundamentación ética, ...lo hace en forma más satisfactoria” p.97.

⁴³⁰ Ibídem, pp 88-91.

a los derechos naturales, éstos sólo constituirán aspiraciones o deseos humanos; pueden ser superiores desde el punto de vista moral, pero no desde el aspecto jurídico; la idea de naturaleza humana es vaga y no puede precisarse con exactitud una sola noción del concepto; la deontología naturalista, afirma valores, que a lo largo de la historia han cambiado permanentemente: se ha admitido la esclavitud; el aborto; la pena de muerte.⁴³¹

La fundamentación historicista, a diferencia de la naturalista, plantea que en lugar de derechos naturales, universales y absolutos, hay derechos históricos, que son variables y relativos; lejos de asumir que los derechos tienen un sitio anterior y superior a la sociedad, el historicismo ubica su origen precisamente en la sociedad; se trata de un proceso temporal, en el que la sociedad va desarrollando niveles de conciencia que se van concretando en su reconocimiento jurídico y cambia según las necesidades históricas; en este sentido, se han ido añadiendo a una lista cronológica: los derechos personales; los derechos civiles y políticos y los derechos económico-sociales y culturales.⁴³²

La fundamentación ética sostiene que los derechos humanos, aparecen como derechos morales; no pueden concretarse a surgir con su incorporación al derecho; el derecho sólo reconoce una obligación preexistente de orden axiológico, no la crea, sólo le da efectividad. Por tanto, los valores preexistentes deben concebirse en el contexto social de una vida digna, fundada en el valor de igualdad. Todo hombre por el hecho de ser hombre, merece respeto a su dignidad, y el poder político debe proteger y garantizar este derecho. Eusebio Fernández, se remite a la concepción ética de los derechos humanos fundamentales, esbozada por Antonio Truyol y Serra, que dice:

Decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.⁴³³

⁴³¹ *Ibíd*em pp 92- 95.

⁴³² *Ibíd*em 93-96.

⁴³³ *Ibíd*em 99.

Eusebio Fernández considera que el fundamento ético es el que mejor responde a la pregunta del origen o fundamento de los derechos humanos y en su opinión hablar de derechos morales, lleva una doble implicación; primero, porque el fundamento ético, reside en los valores cercanos a la dignidad humana; luego, porque esos valores quedan inscritos en el derecho para ser protegidos. Esta explicación hace viable salir del círculo vicioso entre el positivismo y el iusnaturalismo. No obstante, hace tres aclaraciones sobre esta concepción dualista (moral y jurídica); primero, considera que pueden existir derechos fundamentales que aún no se han incorporado al derecho positivo, como podría ser: la objeción de conciencia; la desobediencia civil, o bien, los derechos de las minorías; segundo, precisa que el hecho de que los derechos fundamentales se configuren como derechos subjetivos, no les suprime su contenido ético, por el contrario su valor persiste al derecho positivo; y en tercer lugar, considera que debe operar una concepción dinámica abierta a nuevas exigencias históricas.⁴³⁴

Por su parte, Alfonso Ruiz, expone que la idea de considerar que los derechos humanos, son derechos morales, está sujeta a objeciones, por el lado de que no podrían considerarse derechos morales, mientras no los reconozca el derecho; y no podrían considerarse morales, porque hay escepticismo sobre lo que significa moral.⁴³⁵

En opinión de Alfonso Ruiz, los derechos humanos son: a) exigencias éticas justificadas; b) son especialmente importantes, y c) deben protegerse eficazmente por el aparato jurídico; y en cuanto a la objeción de que los derechos morales, no pueden considerarse como derechos porque no se han constituido en derechos subjetivos, susceptibles de exigirse ante los tribunales mediante la coerción, Alfonso Ruiz, señala que hay una limitación conceptual al considerar a los derechos como jurídicos y rechazar lo jurídico, en los derechos morales.⁴³⁶

Sin embargo, Alfonso Ruiz, añade que tanto los derechos jurídicos como los derechos morales pueden verse en una misma categoría si se asume que ambos

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 101.

⁴³⁵ Ruiz Miguel, Alfonso, *Los derechos humanos como derechos morales* en Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, ed. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Número 6, Madrid, 1960.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 157-160.

contienen obligaciones y que ambos, podrían constituir un conjunto de normas. Además, la obligación moral, no es cualquier obligación, se trata de una obligación moral positiva, que en el caso de los derechos humanos, conduce a un criterio axiológico superior, utilitarista (mantener a la comunidad) y debe satisfacer los requisitos de: universalidad (abstracción de su objeto y generalidad de sujetos); el carácter absoluto (su obligatoriedad sólo puede limitarse ante la concurrencia de otros derechos); y, su titularidad es irrenunciable.⁴³⁷

Encontrar el fundamento de los derechos del hombre, es un problema difícil de resolver, hay objeciones que pueden apuntarse en diversas direcciones.

Por lo pronto, el participante tiene el camino allanado en el punto controversial de las posiciones contrapuestas; el que algunos consideren que el fundamento de los derechos del hombre es el de un derecho moral, o el que se niegue que pueda reconocerse como derecho en tanto no se integran al derecho positivo y se pueda exigir a los tribunales, son cuestiones superadas, ya que los derechos humanos se han incorporado al derecho positivo.

Hay que tener presente que el neoconstitucionalismo, ha constitucionalizado los derechos humanos, reconocidos en los tratados internacionales, y México, no ha sido la excepción con la reforma de 10 de junio de 2011, al artículo 1º de la Constitución.

No obstante, como lo señala Alfonso Ruiz Miguel, es verdad que estos derechos conservan su valor ético, aún después de su positivización, y en todo caso, lo que resulta útil para el participante, es entender el tránsito de estos derechos del hombre, del extremo axiológico, al jurídico, pues es innegable que aún dentro de su positivización, los derechos humanos, conservan su contenido moral, como lo explica Tecla Mazzaresé:

Los derechos fundamentales, en efecto, son la afirmación de valores a realizar, tutelar o promover (como, por ejemplo, la igualdad, la equidad, la dignidad humana, la libertad individual, la paz) y/o la afirmación de medios necesarios para la realización, la tutela o la promoción de valores (como, por ejemplo, el derecho a la educación escolar como medio de promoción de la dignidad humana o el derecho a la libertad religiosa como medio de tutela de la libertad individual). En

⁴³⁷ Idem.

ambos casos, los derechos fundamentales son entidades fundadas en valores, y precisamente porque son la afirmación de valores y/o los medios necesarios para su realización y tutela adquieren ellos mismos una intrínseca connotación axiológica. Íntima conexión con los valores y, por ello, intrínseca connotación axiológica, que, es oportuno subrayarlo, es independiente tanto de las diversas concepciones sobre su eventual fundamento último, como la opción por una posible denominación distinta de los mismos...⁴³⁸

Eusebio Fernández y Alfonso Ruiz Miguel, rechazaron las explicaciones naturalistas e históricas, pues sus opiniones se orillaron a calificar a los derechos del hombre, como derechos morales.

Empero, parece viable, considerar algunas de las razones de las propuestas en conflicto, pues hay en ellas argumentos sólidos que podrían rescatarse, para conservar una posición ecléctica.

El fundamento historicista que propone un relativismo ético de los derechos humanos, acierta en afirmar que los valores que se han reconocido, en distintas sociedades y en distintos tiempos, ha cambiado, pues incluso se ha tolerado la pena de muerte, el aborto, o la esclavitud. La historia, va registrando las huellas del camino que va recorriendo el hombre, y el repaso de estas huellas hace evidente que los valores éticos han cambiado, y se han respetado en escalas distintas y por causas, también distintas.

Por otra parte, los derechos humanos, tienen un núcleo duro de valores; estos no son cualquier tipo de valores morales. Como lo señala Alfonso Ruiz Miguel, son especialmente importantes, se tornan en exigencias éticas y esa cualidad las conduce al ámbito jurídico.

El reconocimiento de esos valores éticos, relevantes en el derecho, no precisa del poder coactivo, ya que su reconocimiento se ha integrado a una conciencia histórica que rechaza y reprocha su inobservancia. Esta es la idea sobre la que se sustenta el derecho suave, del derecho internacional.

⁴³⁸ Mazzaresse, Tecla, *Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales Observaciones Lógicas y Epistemológicas*, en *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, Vol. II, ed. ARA Editores, Perú 2010, p. 242.

Con las anteriores premisas, parece suficiente, tomar una postura para considerar que el núcleo duro de moralidad de los derechos humanos, es el que le atribuye la cualidad jurídica; con ésta podríamos remitirnos a la regla de reconocimiento de Hart. Hay obligaciones morales que varían en su intensidad, según tengan un mayor o menor reconocimiento, se harán proporcionalmente juridizables; este reconocimiento se funda en necesidades utilitarias, como por ejemplo: respetar la vida; respetar la integridad o respetar la moralidad de las personas. La ruptura de esta obligación acabaría con la humanidad. De manera que si fuera posible, suponer una sociedad que funda su convivencia en las costumbres, tendríamos que encontrar en estas igualmente obligaciones, y unas serían más importantes que otras, si alguien incumpliera con alguna obligación fijada en la costumbre de respetar la vida, el valor ético de esa obligación sería de tal intensidad que su fuerte reconocimiento, llevaría esa infracción al campo jurídico, y seguramente, habría una reacción del grupo social, que no necesariamente se traduciría en el ejercicio de un poder coactivo, pero si en un reproche generalizado.

No estamos muy lejos de poder advertir cómo ha variado el reconocimiento de los derechos humanos; por ejemplo, en Finlandia se ha reconocido como derecho humano el acceso a internet.⁴³⁹

En muchos países de América Latina, la deficiente satisfacción de sus necesidades más básicas, harían absurda la pretensión de aspirar a tener acceso a internet; estas diferencias, llevan a trasladar la intensidad del contenido ético a grados diferenciados, que se alejarán o se acercarán, según corresponda a la juridización, de cualquier valor.

En resumen, el participante en un caso difícil, en el que deba evaluar el significado moral de los derechos humanos, puede considerar como parámetro para la selección de la norma aplicable, el núcleo ético de esos derechos que normalmente, se expresan a partir de principios jurídicos.

3. Concepto de principios jurídicos

⁴³⁹ <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/10/14/navegante/1255539592.html>

MacCormick considera que los principios se caracterizan, en primer lugar, por ser normas generales, lo que hace que cumplan una función explicativa (aclaran el sentido de una norma o de un conjunto de normas) y, en segundo lugar porque tienen un valor positivo, lo que hace que cumplan una función de justificación (si una norma puede subsumirse bajo un principio ello significa que es valiosa).⁴⁴⁰

Juan Ruiz Manero hace un análisis de las diversas acepciones que se han dado a la expresión principios jurídicos en el lenguaje de los juristas.⁴⁴¹

a) En sentido de norma muy general, en el sentido de que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales.

b) En el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, como acontece con las que incorporan lo que los juristas llaman conceptos jurídicos indeterminados, esto es, conceptos que no tienen sólo una periferia de textura abierta, sino que resultan centralmente vagos; por ejemplo: abuso de derecho, buena fe, diligencia de un buen padre de familia.

c) En el sentido de norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo, de una institución.

d) En sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines.

e) En el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.

Por su parte Robert Alexy, explica la distinción entre reglas y principios en los términos siguientes:

Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas “mandatos definitivos”. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto, tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor

⁴⁴⁰ Op. Cit. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, p. 120.

⁴⁴¹ Op. Cit. Ruiz Manero, Juan, *Principios Jurídicos en El derecho y la justicia*, p. 151.

medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado.⁴⁴²

Gustavo Zagrebelsky, señala al derecho por reglas y al derecho por principios pero en primero acoge el concepto general de norma, respecto de ésta explica que el término “norma”, se refiere al deber ser para diferenciarla de la ley, que se extiende al mundo del ser. Ante esta precisión metodológica, Zagrebelsky continua explicando que entre las normas, existen reglas y principios.⁴⁴³

Las normas legislativas son reglas, pero las normas constitucionales sobre derechos y justicia, son principios; esto, no implica que una constitución esté ausente de reglas. La diferencia es que los principios tienen una función constitutiva; las reglas, no obstante que se encuentren en la constitución, se agotan en sí mismas.⁴⁴⁴

También, una regla se diferencia de un principio, por cuanto a la regla se le pueden aplicar distintos métodos interpretativos que a los principios no, pues éstos se reducen a expresiones generales, que si bien, algo pueden dejar al contexto lingüístico, mucho queda en el ámbito del significado moral (*ethos*). Además, a una regla se le obedece y contiene un supuesto de hecho, en tanto a un principio, se le adhiere o se le repulsa y carece de supuesto fáctico.⁴⁴⁵

El concepto que se adoptara de principios, comprende una serie de aspectos propuestos por los autores mencionados, de manera que se puede reconocer a un principio, porque cumple una función explicativa; tienen un valor ético; sus propiedades relevantes son generales; incluyen conceptos indeterminados pues carecen de supuestos de hecho; delimitan parámetros generales de interpretación y tienen una función constitutiva.

4. Principios en el sistema normativo mexicano y su sistema subsidiario

⁴⁴² Op. Cit. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, p. 75.

⁴⁴³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 109-111.

⁴⁴⁴ Ídem.

⁴⁴⁵ Ídem.

No hay forma de reunir un catálogo de principios de los cuales pueda valerse el participante para resolver problemas jurídicos, pues estos pueden concretarse a partir de una interpretación constructiva en cada caso particular.

No obstante, la aplicación de algunos principios, está expresamente indicada en el texto Constitucional.

En materia de derechos humanos, el artículo 1º Constitucional, regula la manera en la que se deben interpretar las normas relativas a los derechos humanos, al señalar que se interpretarán conforme con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo a las personas con la protección más amplia; asimismo, se ordena el cumplimiento a las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El artículo 2º reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional; para que este reconocimiento opere en las constituciones y leyes de los Estados, se deben considerar como principios generales: la composición pluricultural; la conciencia de su identidad indígena, los criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico; asimismo se reconoce la libre determinación y autonomía, para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación de conflictos internos, siempre que se sujeten a los principios generales de la Constitución, respeten los derechos humanos y la dignidad e integridad de las mujeres.

El artículo 3º, entre otras cosas, delimita como criterios orientadores de la educación, la exigencia de que contribuya a la mejor convivencia humana, al aprecio de la dignidad de la persona y la integridad de la familia, a fomentar la convicción del interés general de la sociedad y el cuidado de los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres.

El artículo 5º reconoce el derecho a la libertad de trabajo y se precisa que esa libertad sólo podrá vedarse, entre otras razones, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

El artículo 6º reconoce el derecho humano a la manifestación de las ideas, el cual no será objeto de inquisición judicial o administrativa, salvo cuando, entre otras razones, ataque a la moral o perturbe el orden público.

El mismo artículo 6º de la Constitución se ha incorporado el principio de máxima publicidad en la información que tenga en posesión cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal.

El artículo 20 de la Constitución Federal, reformado el 18 de junio del 2008, en donde se implementó el sistema penal acusatorio y oral, señala expresamente que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

En fin, hay una variedad incontable de otros principios, que en algunos casos no aparecen expresamente referenciados en el texto constitucional, pero cuya concretización es usual en las resoluciones constitucionales: como los de proporcionalidad, equidad, mínimo vital, emanados del artículo 31, fracción IV, de la Constitución; el principio del derecho a la vida, el principio a la privacidad, el principio *non bis in idem*, principio de reserva de ley, principio de accesibilidad a la información y transparencia, principio de no discriminación, principios de plenitud y expedites de justicia, principio de economía procesal, principios de congruencia y exhaustividad, principio de presunción de inocencia, principio *indubio pro reo*, principio *pro operario*, principios de solidaridad social y utilidad pública, principio de división de poderes, principio de supremacía constitucional, principio de irretroactividad, principio de no discriminación, principio de igualdad procesal de las partes, principio de no redundancia en materia constitucional, principio de inamovilidad judicial, principio de independencia judicial, principio de definitividad, principios de imparcialidad, objetividad, excelencia, imparcialidad, principio dispositivo, principio *res inter alios acta*, entre otros.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ Escobar García, Claudia. *El rol de las reglas en la era de los principios, en teoría y práctica de la justicia constitucional*. Serie Justicia y Derechos Humanos, ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Ecuador Quito, 2010, "...casi la totalidad de la parte dogmática de las Constituciones y buena cuota de su parte orgánica, se expresa en principio, y tanto la protección de los derechos humanos como garantía de la supremacía del texto constitucional, requiere de la amplitud, versatilidad y flexibilidad de los principios. Por el contrario, la rigidez y estrechez de las reglas propias del

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Pleno o en Salas, ha emitido diversos precedentes en los que ha destacado distintos principios que ha concretado del texto constitucional, aquí se invocan algunos de manera enunciativa:

DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye

derecho legislado, impide resolver los complejos asuntos constitucionales, y en muchos casos producen resultados contrarios a la equidad y la justicia.” pp. 208-209.

que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.⁴⁴⁷

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.⁴⁴⁸

ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN. Los criterios de análisis constitucional ante alegaciones que denuncian limitaciones excesivas a los derechos fundamentales tienen mucho de común a los que se usan para evaluar eventuales infracciones al principio de igualdad, lo cual se explica porque legislar implica necesariamente clasificar y distinguir casos y porque en cualquier medida legal clasificatoria opera una afectación de

⁴⁴⁷ 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XV, Febrero de 2002; p. 588.

⁴⁴⁸ 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; p. 8.

expectativas o derechos, siendo entonces natural que los dos tipos de examen de constitucionalidad se sobrepongan parcialmente. Sin embargo, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ve llamada a actuar como garante del principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello la obliga a examinar rasgos adicionales a los que considera cuando contempla la cuestión desde la perspectiva de los derechos sustantivos involucrados. Así, aunque el Alto Tribunal haya concluido que una determinada regulación limitadora de derechos no es excesiva sino legítima, necesaria y proporcional, justificada por la necesidad de armonizar las exigencias normativas derivadas del derecho en cuestión con otras también relevantes en el caso, todavía puede ser necesario analizar, bajo el principio de igualdad, si las cargas que esa limitación de derechos representa están repartidas utilizando criterios clasificatorios legítimos. Esto es, aunque una norma legal sea adecuada en el sentido de representar una medida globalmente apta para tratar de alcanzar un determinado fin, puede tener defectos de sobre inclusión o de infra inclusión, de los que derive una vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Incluso, en algunas ocasiones, por el tipo de criterio usado por la norma legal examinada (origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas) o por la extensión e intensidad de la incidencia en el goce de un derecho fundamental, será necesario examinar con especial cuidado si los medios (distinciones) usados por el legislador son adecuados a la luz del fin perseguido.⁴⁴⁹

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EN CASO DE QUE DEBA SER SEPARADO DE ALGUNO DE SUS PADRES, EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO ESTABLECE UN PRINCIPIO FUNDAMENTAL QUE PRIVILEGIE SU PERMANENCIA, EN PRINCIPIO, CON LA MADRE. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que el interés superior del menor debe ser criterio rector para elaborar y aplicar las normas en todos los órdenes relativos a su vida y, acorde con ello, responsabiliza por igual al padre y a la madre de satisfacer sus necesidades y la consecución de su desarrollo integral, pues es en el mejor interés del menor que ambos se responsabilicen en igual medida. Sin embargo, el Estado tiene

⁴⁴⁹ 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; p. 5.

la facultad constitucional de separarlo, en ciertos casos, de alguno o de ambos padres, a fin de brindarle una mayor protección, sin que para ello la Ley Fundamental establezca una regla general para que su desarrollo integral sólo pueda garantizarse cuando permanezca al lado de su madre, pues el juez cuenta con la prerrogativa de valorar las circunstancias particulares para garantizar el respeto a sus derechos. Consecuentemente, si los hombres y mujeres son iguales ante la ley, y en específico, respecto del cuidado y protección de sus hijos, ambos son responsables de velar por el interés superior del menor, resulta claro que, en caso de que deba ser separado de alguno de sus padres, el artículo 4o. constitucional no establece un principio fundamental que privilegie su permanencia, en principio, con la madre.⁴⁵⁰

4.1. Principios en el sistema subsidiario

Loreta Ortiz Ahlf considera que no se deben confundir los principios generales del derecho, con los principios del derecho internacional; los primeros son comunes a varios sistemas jurídicos y han sido objetivizados en el derecho interno; en cambio, los principios del derecho internacional emanan del derecho internacional convencional o consuetudinario.⁴⁵¹

No obstante, la nombrada profesora aclara que en algunos países los principios de derecho internacional, se han incorporado como parte del derecho interno, para evitar conflictos entre ambas legislaciones. Este es el caso en el que se encuentra México actualmente con motivo de la reforma mencionada al artículo 1º de la Constitución, y en este sentido deben considerarse a los principios del derecho internacional como parte del derecho interno, pero sujetos al principio de supremacía, conforme a la cláusula del principio pro persona.⁴⁵²

La extensión de los principios tiene alcances insospechados, pues el artículo 38 inciso d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, admite como medio auxiliar para la interpretación de las normas de derecho, las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

⁴⁵⁰ 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Febrero de 2011; p. 615.

⁴⁵¹ Ortíz Ahlf, Loreta, *Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en Martín Claudia *et.al.* [comp] *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ed. Fontamara y Universidad Iberoamericana, México 2006, pp.40-42.

⁴⁵² Ver pág. 219.

Por tanto, con motivo de la aplicación del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y la jurisprudencia de los organismos internacionales, en materia de derechos humanos, se deben considerar todos aquellos principios útiles para la interpretación de las normas de derecho en cuestiones relacionadas con conflictos entre los Estados y en opiniones consultivas sobre la interpretación de las normas de derecho internacional, conforme al artículo 7 de la Carta de las Naciones Unidas.

En este contexto, habría que tener en cuenta los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aplicable a los tratados celebrados entre los Estados, que señalan:

ARTÍCULO 31.

Regla General de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

ARTÍCULO 32.

Medios de Interpretación complementarios.

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

En cuanto a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, contenidos en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben entenderse de la siguiente manera.

La universalidad, según Cruz Parceró, significa que los derechos son aplicables a todos los seres humanos, sin distinción alguna pero, más propiamente la universalidad debe entenderse como universalización que es una forma de justificar a partir de razones morales, la aplicación de un enunciado normativo como válido para las personas que se ubiquen en determinados supuestos que se consideran suficientes para que opere una consecuencia jurídica reconocida por el derecho.⁴⁵³

En otras palabras se puede decir que la universalización es un test a partir del cual se concreta un enunciado ético que determina que, lo que es válido para un caso, es también para otro y para todos los que se ubiquen en idénticos supuestos.

Los principios de interdependencia e indivisibilidad guardan una estrecha vinculación, pues ambos se orientan a la idea de unidad de los derechos humanos, no pueden dividirse porque unos dependen de otros.

El principio de interdependencia tiene su origen en la Primera Conferencia Mundial Sobre Derechos Humanos en Therán en 1968, cuando se presentaron reacciones contra la fragmentación de los derechos humanos y se arribó a la conclusión de que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, se ubican en un mismo plano pues no se pueden concebir de forma aislada, un derecho amerita la presencia de otro para garantizar su efectividad. En este sentido el derecho al trabajo, sería inútil sin el derecho a la libertad de tránsito.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en San Salvador, El Salvador el 17 de noviembre de 1988 precisa en lo conducente:

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los

⁴⁵³ Cruz Parceró, Juan Antonio, *Derechos Sociales: clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual* en Octavio Cantón J. [coord.] *Derechos Económicos Sociales y Culturales* ed. Porrúa 2004 *Lo anterior nos lleva a tratar de entender la "universalidad" como el resultado de razones morales universales o universalizables, es decir, de razones morales de tal fuerza que valdrían para todos los seres humanos*, p. 7.

derechos civiles y políticos, por cuanto a las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indivisible que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros;

El principio de progresividad emana de obligaciones expresas determinadas en los Tratados Internacionales, específicamente de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En la aludida Convención Americana se señala:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En otros términos, el principio de progresividad implica una obligación dirigida hacia los Estados para que cooperen en la tarea de lograr que progresivamente sean satisfechos los derechos humanos, que no se demoren las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento efectivo, y que no se adopten medidas regresivas que afecten su ejecución.

Con relación al principio de progresividad, el principio 72 adoptado en Limburgo, en la reunión de Maastrich, Holanda en junio de 1986, que regula la interpretación y el sentido que se debe asignar a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dice que un Estado viola el Pacto, cuando incumple alguna de sus disposiciones, si no remueve los obstáculos que hagan posible su realización inmediata; cuando no aplica con prontitud un derecho contenido en el pacto, no satisface una norma internacional mínima, adopta limitaciones a un derecho; retrasa o retiene la realización progresiva de un derecho o no presenta los informes requeridos por el pacto.⁴⁵⁴

⁴⁵⁴ Villalba Vargas, Reinaldo. *Obligaciones de los Estados en Relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en Octavio Cantón J. [coord.] *Derechos Económicos Sociales y Culturales*, ed. Porrúa 2004 pp. 63 y 64.

Por otra parte, se puede decir que cualquier principio emanado de un tratado internacional sobre derechos humanos, se debe orientar a cualquiera de las tres obligaciones genéricas siguientes: a) respetar los derechos reconocidos en los tratados; b) garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción; y c) adoptar medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos. Estas obligaciones derivan de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que disponen lo siguiente:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de adoptar Disposiciones de derecho interno.

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

No hay una clara distinción entre las obligaciones negativas y positivas en la clasificación entre los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales, económicos y culturales.

Según lo entiende Van Hoof, la naturaleza interdependiente de los derechos constituye un impedimento para seccionarlos en los que imponen obligaciones negativas y positivas. En lugar de esa distinción hay que evaluar cada caso según la obligación que le corresponda al estado en: respetar; garantizar, proteger o promover un derecho humano.⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ Abramovich, Víctor, Courtis Christian. *Hacia la Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estándares Internacionales y Criterios de Aplicación ante los Tribunales Locales*, ed. Porrúa México 2001, pp 145-147

La obligación de respetar, conlleva dos obligaciones fundamentales 1) Que los órganos del estado no pueden ir más allá de los límites fijados por los derechos humanos; y 2) por vía de consecuencia, adecuar el sistema interno para salvaguardar la efectividad en el goce de los derechos humanos.⁴⁵⁶

Esta segunda obligación, derivada de la primera, encuentra fundamento en los artículos 2 y 28.2 de la Convención Americana y 2.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

En el contexto de la Carta de las Naciones Unidas el concepto de respeto universal de los derechos humanos está unido al principio de no-discriminación, artículos 1, 55, 13 y 76 de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁵⁷

Por su lado, la obligación de garantizar⁴⁵⁸ el pleno y libre ejercicio de los derechos lleva aparejada las siguientes obligaciones:

- Prevenir violaciones a los derechos humanos.
- Investigar violaciones ocurridas.
- Sancionar a los responsables.
- Reparar las consecuencias de la violación.

La obligación de proteger, junto con la de garantizar conforman obligaciones esenciales derivadas del cumplimiento de los compromisos internacionales; el artículo 1.1 de la Convención fija claramente esos mandatos y deben entenderse como un deber incondicional para los estados.

La obligación de promover es de orden positivo, y se orienta a desarrollar programas o políticas públicas orientadas a reforzar la protección y garantía de los derechos humanos. Esta tarea se ha visto concretada, por ejemplo, en acciones afirmativas para resolver el problema de la discriminación, en sus distintas vertientes: racial, contra la mujer, por motivos de orden social o económico. El artículo 2 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003, en su artículo 2

⁴⁵⁶ Abregú, Martín y Courtis, Christian, *Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, ed. Del Puerto 1998, pp.353-354

⁴⁵⁷ E. Dulizky, Ariel, *Alcance de las Obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos en Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (comp), Martín, Claudia et. al., ed. Fontamara, México 2006, p.98

⁴⁵⁸ Rodríguez H. Gabriela, *Normas de Responsabilidad Internacional de los Estados en Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (comp), Martín, Claudia et. al., ed. Fontamara, México 2006, pp.72-73

establece la obligación de prevenir y compensar a los desfavorecidos de la sociedad; con ello impone una obligación de actuar en la creación de alternativas u oportunidades.

5. La aplicabilidad de los principios, ponderación y juicio de proporcionalidad

El problema que presentan los principios es que se trata de enunciados que normalmente contienen juicios valorativos como la equidad, solidaridad, proporcionalidad, justicia social, etc.

Ante esta textura abierta, para concretizar un principio es necesario elaborar una transformación de un principio a una regla, pues no es posible plantear una justificación interna empleando como premisa, un principio.

Margarita Beladiez Rojo, explica que existe dificultad en conocer con precisión el valor que se encuentra en un principio, como expresión ético-jurídica de una comunidad. Antes de que el principio se haya institucionalizado en el derecho positivo es un valor que se caracteriza porque es sentido por el hombre; no se trata de un mero acto del conocimiento sino de un valor que provoca reacciones emocionales que generan un sentimiento en la conciencia colectiva. Sin embargo, una vez que el principio se ha objetivizado en el derecho, no es suficiente con alegar su carácter general, sino es necesario que el valor social, traducido en principio, se instituya como una regla, fijada en el derecho, sobre cómo la comunidad siente que se debe resolver un problema al que se enfrente ese valor. La práctica reiterada de la aplicación del principio en el derecho, es lo que respalda su reconocimiento social.⁴⁵⁹

⁴⁵⁹ Beladiez Rojo, Margarita, *Los Principios Jurídicos*, ed. Tecnos, Madrid 1994, “Resulta, por tanto, que estos valores, en cuanto se reconocen a través de los sentimientos, no pueden ser objeto de conocimiento a través de los medios ordinarios. Desde este punto de vista, los valores no son objetivos y, por ello, ningún criterio de este tipo permitirá probar con seguridad que realmente esa idea constituye un valor de la comunidad. Por ello, si lo que se pretende es buscar un criterio que determine con exactitud cuándo una idea no es sólo un juicio subjetivo de valor, sino que además constituye un valor propio de la comunidad, se adelanta desde ahora que ese criterio infalible, no existe. Estos datos objetivos capaces de garantizar que se trata de un valor de toda la comunidad, sólo pueden conseguirse a través de la aplicación de los principios jurídicos, por lo que, cuando todavía estos principios no han sido aplicados, no existen criterios que permitan asegurar que el valor que expresa constituye un auténtico principio general.” pp 54-56.

Ricardo Guastini, explica que concretizar un principio significa definir las reglas implícitas, en los términos siguientes: a) ubicar el campo de aplicación, es decir, determinar en qué supuestos puede operar; y luego, b) verificar cuales serían los casos de excepción en los que no se podría aplicar el principio. El mencionado autor, también dice que la concretización de un principio en una regla, puede ser una cuestión altamente discrecional, ya que los principios carecen de supuestos de hecho y para poder fijar las propiedades que lleven a una regla, se deben incorporar hipótesis normativas cuya elección en aspectos cuantitativos o cualitativos, quedará abierta a la decisión, del participante.⁴⁶⁰

Por ejemplo, el principio derecho al mínimo vital, fue analizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de él se puede determinar una regla, en el sentido de si la obligación de contribuir puede o no afectar el derecho a gozar de un mínimo vital, como un supuesto de excepción, según se indica en la tesis que ya fue transcrita anteriormente, cuyo rubro es el siguiente:

DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN
CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA.

Conforme al desarrollo de los argumentos anteriores, se establece la regla de que todos, sin distinción, deben contribuir al gasto público; ahora, la excepción a esta regla se aplica a quienes no cuenten con un nivel económico mínimo que les permita subsistir.

En otros casos, se debe realizar una operación inversa a la concretización de los principios, pues de una o varias reglas o tratados, se debe extraer un principio. Este es el procedimiento que ha empleado la Corte Europea, para hacer compatible el derecho interno con el derecho internacional.⁴⁶¹

Este procedimiento, en el que se hace una interpretación sistemática, para ubicar la aplicación de un principio ha sido empleado en reiterados precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; a fin de poner como ejemplo uno de

⁴⁶⁰ Guastini, Ricardo. *La Interpretación de la Constitución en Interpretación y Razonamiento Jurídico, Volumen II*, 3 ed. ARA, 2010, Perú, p. 54.

⁴⁶¹ Véase, nota 393, p. 250 .

ellos, que se destaca por la relevancia de su contenido, (derecho a la vida del producto de la concepción) se cita la jurisprudencia que sigue:

DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.⁴⁶²

⁴⁶² 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XV, Febrero de 2002; p. 588.

Un sistema jurídico, en el que concurren los principios de coherencia y consistencia para preservar su unidad, puede plantear distintos casos de conflictos normativos que no escapan a los principios derivados de las normas fundamentales.⁴⁶³

En un conflicto normativo, entre normas jurídicas, la validez de una norma y la invalidez de otra que la contradice, puede resolverse a partir de distintas posibilidades: a partir de un criterio jerárquico, en donde la norma superior invalida a la inferior; a partir de un criterio cronológico, en el que la norma posterior, deroga a la anterior o conforme al principio de especialidad, en donde la norma especial, prevalece sobre la especial.⁴⁶⁴

Con los principios, el problema se debe resolver de una forma distinta, pues los principios de los derechos fundamentales, se encuentran en una misma situación jerárquica y por su naturaleza axiológica,, resultarían infructuosos los criterios cronológico y el de especialidad. Riccardo Guastini, dice que en un conflicto entre principios constitucionales, se presentan las siguientes características:

- a) Se trata de un conflicto entre normas, promulgadas en un mismo momento.
- b) Es un conflicto entre normas que tienen el mismo status formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho.
- c) Es un conflicto “in concreto”.
- d) Es un conflicto parcial bilateral.⁴⁶⁵

En estos casos, los conflictos entre principios, o como se les ha llamado por la doctrina, la colisión de principios debe resolverse a través de otros procedimientos, como la ponderación o el juicio de proporcionalidad.

La ponderación es un balance entre los principios en colisión, mediante el cual se gradúa el peso de cada principio conforme a una escala axiológica, en la que el participante calcula las consecuencias de su decisión, según los intereses

⁴⁶³ Véase, nota 301 p. 189.

⁴⁶⁴ Op. Cit. Guastini, Riccardo, *La interpretación Constitucional*, p 59.

⁴⁶⁵ Idem.

que entran en conflicto y con ello decide cual es el principio prevalente, sin que ello invalide al principio opuesto.⁴⁶⁶

Robert Alexy habla de la ley de la ponderación, que se estructura en tres etapas; la primera, establece los grados de insatisfacción o detrimento del primer principio; la segunda etapa, establece la importancia de satisfacer el principio opuesto; y, en la tercera, se evalúa si la importancia de satisfacer el segundo principio, justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio.⁴⁶⁷

La ponderación, según lo analiza Carla Huerta Ochoa (se remite a Aarnio) se puede constituir en una metanorma, pues con la ponderación se fija una regla técnica de optimización del contenido de los principios.⁴⁶⁸

La optimización de los principios es un mecanismo para dar una mayor amplitud a la protección de los derechos, atendiendo al peso abstracto que se le pueda asignar en el marco de una escala axiológica. Este principio de optimización, está relacionado con la interpretación pro-persona, que fue recientemente incluida en el artículo 1º de la Constitución; dicho principio se refuerza con la inserción de las obligaciones en materia de derechos humanos, en el sentido de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; estas obligaciones se llevan a una exigencia superior del permitir o no intervenir en el goce de las libertades, pues imponen conductas positivas.⁴⁶⁹

De manera alternativa con la ponderación de principios, se encuentra el juicio de proporcionalidad, que también busca dar la máxima efectividad a los principios constitucionales, pero el razonamiento de proporcionalidad, es un mecanismo de control en el que la interferencia entre los principios, se evalúa desde la relación entre medios y fines.

⁴⁶⁶ Idem.

⁴⁶⁷ Juan Moreso, José, *Alexy y la Aritmética de la Ponderación*, en *Derechos sociales y ponderación*, Comp. Garzón Valdés, Ernesto, et. al, ed. Fontamara México 2010.

⁴⁶⁸ Op. Cit. Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos* p. 174.

⁴⁶⁹ Sánchez Gil, Rubén, *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia Mexicana*, en *Argumentación Jurídica, El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad*. Coord. Carbonell, Miguel, ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, Se remite a Alexy y señala que “con una perspectiva más amplia, en realidad el mandato de dar la máxima eficacia posible a los derechos fundamentales –u optimizarlos, para decirlo como Alexy-, es una manifestación en ese ámbito particular; del *principio de interpretación constitucional, que ordena dar a las disposiciones de la ley suprema la óptima fuerza a sus efectos...*p. 289.

Rubén Sánchez Gil, menciona que existe una proporcionalidad en sentido *lato* y otra en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido *lato*, se compone de tres elementos: a) la medida legislativa que intervenga en los derechos fundamentales, debe ser la idónea para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; b) debe ser necesaria y afectar en lo mínimo el derecho fundamental en cuestión y c) debe ser proporcional, en sentido estricto, tomando en cuenta que el beneficio es mayor o igual al perjuicio que se causa al derecho fundamental.⁴⁷⁰

Luis Arroyo Jiménez, hace una distinción entre el juicio de proporcionalidad y el juicio de ponderación, considera que si bien están relacionados; el primero es un método de control; en tanto que la ponderación es un método de decisión. En el juicio de proporcionalidad se plantea la corrección de una ponderación previa, que afecta negativamente a un principio.⁴⁷¹

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya emitió un precedente en el que analiza el juicio de proporcionalidad, aunque con una orientación hacia las leyes fiscales.

TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. EN ATENCIÓN A LA INTENSIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS MISMAS, SU APLICACIÓN POR PARTE DE LA SUPREMA CORTE REQUIERE DE UN MÍNIMO Y NO DE UN MÁXIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN. El principio de proporcionalidad, como instrumento metodológico, es un procedimiento interpretativo para la resolución de conflictos entre los contenidos esenciales de las disposiciones normativas fundamentales, que encuentra asidero constitucional en los diversos principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad o exceso, previstos en los artículos 1o., 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicho principio opera principal, mas no exclusivamente, cuando se aduce la violación al principio de igualdad o equidad tributaria como manifestación

⁴⁷⁰ Op. Cit. . Sánchez Gil, Rubén, *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia Mexicana*, en *Argumentación Jurídica, El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad* 285

⁴⁷¹ Op. Cit. Arroyo Jimenez, Luis, *Ponderación, Proporcionalidad y Derecho Administrativo*, en *Argumentación Jurídica, El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad*, pp. 261-263.

específica de éste, pues en ese caso se requiere llevar a cabo, en primer lugar, un juicio de igualdad mediante la equiparación de supuestos de hecho que permitan verificar si existe o no un trato injustificado, esto a partir de un término de comparación, en la medida en que el derecho a la igualdad es fundamentalmente instrumental y siempre se predica respecto de alguien o algo. Así, para verificar si el tratamiento desigual establecido por el legislador resulta constitucionalmente válido, en segundo lugar, el principio de proporcionalidad se conforma de tres criterios, de conformidad con la jurisprudencia 1a./J. 55/2006, consistentes en: a) que la distinción legislativa persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; b) que la distinción establecida resulte adecuada o racional, de manera que constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo perseguido, existiendo una relación de instrumentalidad medio-fin y, c) la distinción debe ser proporcional, es decir, no es válido alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional. Ahora, en materia tributaria la Suprema Corte consideró en la jurisprudencia 1a./J. 84/2006, que la intensidad del escrutinio constitucional, a la luz de los principios democrático y de división de poderes, no es de carácter estricto, sino flexible o laxo, en razón de que el legislador cuenta con una amplia libertad en la configuración normativa del sistema tributario sustantivo y adjetivo, de modo que a fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el mencionado, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. Consecuentemente, la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Suprema Corte en su carácter de Tribunal Constitucional, implica que el cumplimiento de los criterios que lo integran requiere de un mínimo y no de un máximo de justificación, es decir, basta que la intervención legislativa persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; la elección del medio para cumplir tal finalidad no conlleva a exigirle al legislador que dentro de los medios disponibles justifique cuál de todos ellos cumple en todos los grados (cuantitativo, cualitativo y de probabilidad) o niveles de intensidad (eficacia, rapidez, plenitud y seguridad), sino únicamente

determinar si el medio elegido es idóneo, exigiéndose un mínimo y no máximo de idoneidad y, finalmente, debe existir una correspondencia proporcional mínima entre el medio elegido y el fin buscado que justifique la intervención legislativa diferenciada entre los sujetos comparables.⁴⁷²

El precedente anterior, deja en claro que conforme al principio de división de poderes, si la Constitución reserva el ejercicio de discrecionalidad al legislativo para imponer contribuciones; el control constitucional de esa función está sujeto a una intensidad mínima, no nula. En este espacio, el juicio de proporcionalidad, se tendrá que ceñir a verificar, si el fin propuesto por el legislador es un fin legítimo; si el medio empleado es idóneo; y, si hay una correspondencia entre el medio seleccionado y el fin propuesto.

6. La Teoría de R.M. Hare sobre el razonamiento moral

En la ponderación de principios o en el juicio de proporcionalidad, se abren espacios de discrecionalidad para el participante pues en el primer caso, debe evaluar las consecuencias de la graduación que puede presentar la interferencia de un principio con respecto de otro y su recíproca satisfacción o insatisfacción; en el juicio de proporcionalidad, se debe analizar la necesidad de la afectación de un principio, su puntual necesidad y la proporcionalidad entre la afectación y la eventual ventaja o resultado pretendido por el legislador.

El juicio de ponderación, en opinión de Carla Huerta Ochoa, es un espacio abierto a la discrecionalidad del juez, pues señala:

El problema de fondo radica en que la ponderación, aun cuando constituyera una regla que ordena la optimización de los principios en colisión, se verifica de una manera un tanto incierta, e incluso subjetiva... Como procedimiento, parece confiar más en la racionalidad, sabiduría e intuición del juez que en reglas que determinen expresamente cómo debe llevarse a cabo un procedimiento tan importante. Por lo que la valoración de los intereses en conflicto y su potencial afectación parece quedar al arbitrio de los jueces.⁴⁷³

⁴⁷² 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro VII, Abril de 2012, Tomo 1; p. 882.

⁴⁷³ Op. Cit. Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos* p.175.

El planteamiento obligado frente a este espacio de discrecionalidad, es ¿cómo se debe proceder a realizar un razonamiento moral, que permita fijar una escala de valores?; ¿en dónde encontrar el punto de equilibrio de los principios para la ponderación o para el juicio de proporcionalidad?

Hare, hace una clasificación sobre las teorías éticas y propone una teoría que retoma algunos aspectos de las distintas corrientes; entre sus apreciaciones sostiene que el objeto de estudio es señalar lo que se considera correcto e incorrecto a partir del razonamiento y no lo que en cada caso particular puede significar el uso de términos morales para cada cultura; asimismo, considera que la lógica permite encontrar el significado que se le asigna a las palabras, a través de una relación tautológica, de modo que quien pretenda usar las mismas palabras con un significado distinto, cometerá un error lógico.⁴⁷⁴

La validez de un argumento, dependerá del significado de las palabras que se estén empleando incluyendo, por supuesto, las palabras de contenido moral. Por tanto, la investigación sobre los significados que tiene en el lenguaje ético las palabras, constituye un elemento clave para el estudio de los problemas morales.

6.1. Superveniencia y universalización

Hare, explica que existe una confusión entre la superveniencia con la universalización. Realmente, para aclarar esos aspectos, en opinión de Hare, las proposiciones morales son juicios prescriptivos universales vinculados a principios morales.

Esta reflexión es relevante, porque cuando un principio moral es reconocido en una sociedad y tiempo determinados, con ello se logra su universalización.

De este modo, por ejemplo, la proposición moral que dice que discriminar por razón de color es malo, presentará esta universalización en el momento en

⁴⁷⁴ Hare, R.M., *Sorting Out Ethics*, ed. Clarendon Press, Oxford, reimp. 2004, New York, 1997, con relación a la lógica, el autor señala: Entonces, si la lógica como un todo involucra el estudio de palabras en este sentido, lo mismo debe ser verdad para la rama de la lógica llamada ética teórica. Yo llamo a la ética teórica una rama de la lógica porque su objetivo principal es descubrir formas para determinar cuál argumento sobre cuestiones morales es bueno o cómo distinguir entre un razonamiento correcto de uno defectuoso. Es en lo particular una rama de la lógica modal. “Obligatorio”, que podemos tomar como un simple ejemplo de una palabra usada típicamente en un discurso moral (en breve, un término moral) que expresa una modalidad deóntica, patente por el hecho de que la lógica deóntica pueda sistematizarse, y es en todo (o casi en todo) análoga a otras clases de lógica modal.[trad. MMM], pp. 4-5.

que para cualquier caso, incluyendo el supuesto en el que uno mismo se ubique en la situación referencial, la respuesta correspondiente sea siempre la misma. En este caso, por virtud de la propiedad de universalización, los juicios morales adquirirán un significado descriptivo.⁴⁷⁵

Hay que tener presente que Hare es un filósofo del lenguaje y que el significado de las palabras no es una cuestión sólo de palabras, sino de contenido.

Las palabras pueden referirse a distintos significados como hechos reales, conceptos o enunciados morales. En cualquier caso, la lógica interna que opera para plantear otro tipo de argumentos es la misma, es decir se llega a una proposición constituida a partir de un antecedente y un consecuente.

$$(x) a_x \rightarrow b_x$$

En cuanto a la superveniencia, tendrá lugar cuando se reúna el conjunto de propiedades que dan lugar a que la calificación de malo, bueno, justo, honorable, adquieran sentido.⁴⁷⁶

Hare explica que los juicios morales son prescriptivos, pero en realidad corresponden a una muestra importante de la línea de los imperativos, siguiendo a Aristóteles y a Kant. Sostiene que el apartado prescriptivo de esos juicios, debe entenderse como universalmente prescriptivos; esta función introduce un elemento que ya no es sólo de orden prescriptivo sino además, universal.

Para aclarar el punto, pone el ejemplo de una mujer encargada del servicio que acepta como norma, la regla de que las mesas polvorientas deben ser sacudidas. Con esto, es necesario incorporar el hecho de una mesa polvorienta; este en realidad, es un hecho descriptivo, no prescriptivo, pues se trata de una mesa, con la característica de que tiene polvo.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ *Ibíd.* Intentemos explicar este método Kantiano de forma más clara. Lo relataré con las bases de la filosofía del lenguaje. Si los juicios morales son prescriptivos, como se ha discutido, entonces al elaborar uno pediré que se actúe conforme a él, y, si se es sincero se debe desear esto. Además, si el juicio puede universalizarse, estaría haciendo implícitamente un mismo juicio para todas las situaciones semejantes en sus propiedades universales, sin importar el rol de los individuos en particular, incluyéndome yo mismo en ellos. La pregunta sobre cuales prescripciones morales estaré dispuesto a tratar, se resolverá entonces sobre aquello que estaré dispuesto a desear para todas las situaciones de una clase dada, sin importar el rol que yo ocupe. [trad. MMM], p. 25.

⁴⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 18 -28.

⁴⁷⁷ *Idem.* p.19.

Si se colma este supuesto descriptivo, la mujer del servicio tendrá que limpiar el polvo porque de otro modo, su patrona la reprenderá.

Ahora bien, aún ante la ausencia de su patrona, de cualquier modo la mujer del servicio, resentirá como algo obligatorio la tarea de desempolvar una mesa sucia, desde el momento en que incorporó un hecho descriptivo, a una regla universal.⁴⁷⁸

Las normas morales, se fundan en una necesidad de orden social. No podríamos cohabitar en la sociedad sin ese tipo de normas. El problema en la diferencia entre las normas morales y las normas jurídicas, es sólo una cuestión de clasificación. Hay normas morales que hemos incluido en el derecho, porque su cumplimiento no puede quedar únicamente supeditado a una buena voluntad; en caso de que se incumpla, el poder coactivo del estado puede actuar para corregir esa falta.

Ahora bien, es posible que esas normas morales puedan ser distintas en cada sociedad, pero lo importante en cualquier caso es que tengan un reconocimiento entre un grupo de individuos; para aclarar su sentido descriptivo y especialmente su sentido de universalización, Hare trae a colación un ejemplo tomado de Urmson, sin contenido moral y explica: cuando se da la referencia de encontrar a una desconocida, como alguien con buen cuerpo, el sujeto al que se le da esta referencia, tendría una idea de a quien buscar; claro que existen círculos en los que los significados “buen cuerpo”, pueden diferir, pero es suficiente con que exista por lo menos un círculo de personas que se refieran a las mismas propiedades.⁴⁷⁹

Con la misma mecánica la idea de universalización opera en los juicios morales y por supuesto en los enunciados normativos; a través de esta idea de universalización, pueden relacionarse un enunciado de tipo descriptivo con uno prescriptivo; por consiguiente, para proceder así, sería necesario reunir una serie de propiedades con las que se construya un referente.

⁴⁷⁸ *Ibíd.*, p. 19.

⁴⁷⁹ *Ibíd.*, p.20.

En el ejemplo, si la chica tiene ciertas medidas, color de pelo, estatura, etc. Se colmarán los requerimientos descriptivos para considerarla de buena figura. En la misma dirección, si habláramos de que un impuesto es equitativo porque da un tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales, estaríamos ubicando un referente por vía de la universalización del concepto equidad y a través de la superveniencia, determinaríamos si en el caso dado, se reúnen esas características que nos permiten identificar una situación como equitativa, o en su caso, como inequitativa.

Si en un caso determinado, se llegara a presentar una discriminación por razón de la nacionalidad; y este caso encontramos que reúne las propiedades derivadas de un trato distinto o desigual a un individuo por el hecho de ser originario de una nación determinada; podríamos considerar este hecho como inválido a la luz de otra proposición directiva de un sistema superior que dice todos somos iguales y merecemos el mismo trato, sin distinción alguna.

Esta lógica nos permitiría plantear un principio, las propiedades de tratar a alguien distinto por su nacionalidad se universalizarían en el momento en que esas propiedades se califiquen como inválidas; esto lo haríamos diciendo que no se debe discriminar por razón de la nacionalidad.

El principio, de acuerdo a sus consecuencias, se tendría que aplicar de forma universal, a cualquiera incluyendo al intérprete. De modo que si a éste fuera a quien se le diera ese trato, se considera que ello es indebido.

Esto puede entenderse mejor si consideráramos a los grupos xenofóbicos que surgen en algunos países, con proclamas discriminatorias por distintos motivos: raza, nacionalidad, etc.

En la actualidad, esos grupos serían inconsistentes con el principio no discriminar por algún motivo, tan es así, que no sólo se trata de una proposición directiva con estructura de una norma de comportamiento, que se puede validar por el significado que tiene el enunciado no discriminar por razón de la raza, color, nacionalidad, de acuerdo a su superveniencia; se trata también de una proposición que por su importancia, se ha incorporado en la clasificación de una proposición directiva con estructura de normas de competencia, o en una norma jurídica, en la

que intervienen proposiciones descriptivas que operan dentro del área de competencia.

El participante, debe buscar la superveniencia en los principios; indagar sobre sus propiedades esenciales, evaluar críticamente los resultados, y luego universalizarlos aplicando su significado a cualquier caso posible; al del afectado, A; al del observador, O e incluso el propio participante tendría que ubicarse en todos los supuestos como si fuera A u O.

Desde el 20 de noviembre de 1963, la Asamblea de las Naciones Unidas emitió la Declaración sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial.

En 1965 se firmó la Convención Internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial, que entró en vigor en el año de 1969, con lo que tal principio, se conformó en una norma jurídica, de alcance universal.

En la tarea de universalización, hay que tomar en cuenta las acciones relevantes; las diferencias o aspectos accesorios que se presenten con esas acciones deben suprimirse así como cualquier referencia particular a personas, cosas y lugares. Este sería un primer aspecto que habría que considerar en torno a la universalización, pues hay que eliminar toda posibilidad de dejar abierto algún beneficio individual.

Para universalizar un enunciado, también es importante la sinceridad de quien lo hace, pues debe estar dispuesto a aplicar todas las propiedades relevantes a todos los casos posibles, incluyendo aquel en el que el mismo sea sujeto de esas propiedades; esto, en dos sentidos, tanto en el positivo como en el negativo según las consecuencias que deriven de la universalización. En el ejemplo de la discriminación las consecuencias tendrían que considerarse tanto de quien discrimina como de quien sufre la discriminación.

Es decir, hay que ubicarse en el lugar del otro y en todas las posibilidades alternativas, para considerar el alcance de la universalización; en esta forma se puede validar o rechazar una universalización cuando no se corresponde con un sistema de valores superior.

En este aspecto, se plantea desde el punto de vista filosófico, si se debe adoptar una posición utilitaria o no, esto sobre la base de que los principios,

tendrían que estar orientados a encontrar la máxima felicidad posible. La felicidad se entiende como un punto intermedio entre el placer y el dolor, pero la cuestión es si realmente es posible creer que en una sociedad se pueda pretender que cada uno considere la felicidad de todos los demás.

Hare, no da una respuesta a este punto, en realidad deja una pregunta inconclusa apoyándose en Kant, ¿Kant pudo ser un utilitarista? Aclara que su pregunta resulta absurda desde el punto de vista de que Kant siempre ha sido considerado como un no utilitarista.

No obstante, su pregunta, deja ver una posibilidad latente de que Kant pudo haber sido un utilitarista y da una explicación basándose en la máxima que el propio Kant emplea: *trata a los demás como fines y no como medios*. Es decir, hay que considerar los fines que los demás se hayan impuesto, como mis propios fines. Hare considera que esta máxima se funda en un principio de igualdad, pues quien trata a los fines de los demás como propios, lo hace sobre el entendimiento que los demás están en la misma situación que quien asume el enunciado. Consecuentemente, Hare ve en este procedimiento la vía para que la máxima brinde un trato justo a todos los afectados, pues el peso de las preferencias será el mismo para todos los casos.

Ahora bien, ese fin, no es cualquier tipo de fin, porque se debe hacer una distinción entre la intención y el deseo. Los fines podrían orientarse hacia cualquiera de los dos supuestos, hacia una intención o hacia un deseo; empero, estos fines tendrían que dirigirse hacia la intención, pues no pueden ser fines inmorales.⁴⁸⁰

Con esto se debe entender que un deseo puede concebirse como una pasión que no se refiere al sentido ético de las emociones.

6.2. El razonamiento moral

Hare señala que el razonamiento moral se verifica en dos niveles.

⁴⁸⁰ *Op.Cit.* Hare R.M., En otra parte Kant califica esta explicación sobre qué es tratar a otros como fines, diciendo que los fines de otros que hayamos de tratar como nuestros propios fines no deben ser inmorales. [trad. MMM] (*Tgl AII9:450: die Pflicht anderer ihre Zwecke (so fern diese nur nicht unsittlich sind) zu den meinen zu machen*), pp. 150-151.

En el primer nivel, es posible determinar cuándo un enunciado prescriptivo es correcto y cuando no. Pone el ejemplo de unos chicos que le ponen petróleo a un gato y luego le prenden fuego. Esta acción, por la simple intuición, nos permite hacer una calificación sobre lo incorrecto de ese proceder. La intuición en este caso, juega un papel importante y por ella podemos decir que es cierto que esa acción es incorrecta.

El segundo nivel es el que se refiere al pensamiento crítico; con este pensamiento es posible diferenciar distintos estándares, principios, condiciones de aplicación o criterios compatibles con alguna cultura. Este espacio no está destinado a la intuición ni a significados descriptivos, la alternativa en estos casos es recurrir al pensamiento de Kant, y lo primero que tendrá que plantearse será una pregunta: ¿puedo considerar un enunciado como debido, correcto, indicado, apropiado, como una ley universal?; en este nivel importa evaluar las consecuencias que tendrían en los hechos adoptar o rechazar un respuesta ética a esa pregunta.

Con relación al pensamiento crítico, Chaim Perelman aporta una serie de puntos de vista sobre los argumentos relacionados con la justicia; señala que un argumento que plantea que se ha incurrido en una injusticia debe respaldarse a partir de una relación causal; es decir, debe existir una causa que dio lugar a la injusticia, que sería la consecuencia, y esta consecuencia puede plantearse a partir de distintas explicaciones, como las siguientes:

1. Porque se ha violado una norma que debía ser aplicada o se aplicó incorrectamente.
2. No se da el mismo trato que se debía dar conforme a la regla del precedente y no hay justificación para ese tratamiento.
3. Si el planteamiento se orienta a los hechos, se puede considerar que éstos se orientan a la búsqueda de la verdad, no a los fines de la justicia.
4. Si en la prueba de los hechos se pueden aplicar precedentes contradictorios, los argumentos tendrán que orientarse a discriminar

alguno, sobre un planteamiento teleológico o bien pragmático, en función de sus consecuencias.

Fuera de la discusión de los hechos y de la aplicación de las normas, cuando la crítica se orienta hacia el sentido justo o injusto de la ley, en este supuesto, la cuestión se dirige a los principios sobre los que se orienta la convivencia entre los individuos y la sociedad, se debe evaluar si existe alguna incompatibilidad entre esos valores con los enunciados normativos, aunque estos pronunciamientos son propios de una argumentación legislativa o judicial, en el contexto de las atribuciones de cada poder.

Las técnicas sugeridas por Perelman para argumentar en estos casos serían:

- a) Se puede plantear también un trato desigual injustificado en el contexto de la propia ley.
- b) Violación al principio de proporcionalidad, en el sentido de que los medios no justifican los fines. Como ocurriría cuando una ley impone penas desproporcionales.
- c) Inefectividad de las medidas legislativas propuestas para alcanzar los fines.
- d) Argumentar que la ley es injusta; en este caso no sería suficiente considerar la perspectiva individual sería necesario demostrar que la opinión pública se opone a la ley, por razones políticas, filosóficas o religiosas. Asimismo, se puede desacreditar la posición de quienes defienden la vigencia de la norma, lo que puede hacerse desde el punto de vista ideológico, señalando que existen intereses velados, que se pretenden legitimar con la ley o bien, se puede debilitar la autoridad moral de las personas que con el poder necesario, instrumentan normas para retener el poder.

De manera general, Perelman señala que es necesario un análisis sistemático de las relaciones que se presentan entre las leyes del derecho positivo; los principios generales del derecho; las normas morales; y, las técnicas empleadas por los legisladores y los jueces para respaldar sus decisiones. Con

ello, es posible enumerar, clasificar y sistematizar los tipos de argumentos para emplearlos en el caso de que se tenga que argumentar sobre la justicia.⁴⁸¹

El razonamiento moral conduce al razonamiento a partir de principios. Los principios en realidad son imperativos categóricos derivados de las normas. Estos se aplican con los mismos procedimientos del razonamiento ético, mediante la superveniencia y universalización.

En la estructura de la ley, hay que seleccionar las propiedades que, en conjunto son universalizables según un fin razonable encontrado como significación en el texto legal; después hay que adoptar una posición crítica sobre ese fin, para contrastarlo con respecto a una proposición descriptiva, y seleccionar si es compatible o no con el sistema de valores constitucionales, de ser así, el principio puede fundar una implicación, como premisa mayor, en un argumento en el que se aplique esta premisa a una proposición descriptiva. El resultado corresponderá al de un código binario legal/ilegal, según la validación de la proposición. Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, se puede considerar que hay un principio a la salud que tutela la Constitución.

7. Resumen

El participante debe argumentar a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema DV de S o S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV, y considerarla racional, debe ser próxima a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.

La comprensión de la moralidad en el sistema normativo y su sistema subsidiario, es un componente esencial para la justificación de casos difíciles.

Un sistema neoconstitucional reconoce la concurrencia de normas, con el perfil de principios y normas con la cualidad de reglas; también constitucionaliza los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional.

⁴⁸¹ Perelman, Chain, *Justice and Reasoning*, Chapter 8, *Law, Reason, and Justice*, Essays in Legal Philosophy, ed. Graham (Beynon John) Hughes, University Press, New York, 1969, pp. 207-215.

Dicho sistema normativo, impone complejos retos para la solución de diversas clases de conflictos normativos, pues en el núcleo duro de los derechos humanos y de los principios existen consideraciones axiológicas, que superan a la subsunción.

El enfrentamiento entre el positivismo y el iusnaturalismo ha ido atemperando la concepción de que el criterio de validez de la normas, sólo remite a su derivación con la norma fundante, como lo sostuvo Kelsen; Bobbio creyó que el derecho debía satisfacer un fin moral, pero ello era materia de la filosofía del derecho; los debates entre Hart y Fuller, y Hart y Dworkin, y en general el enfrentamiento entre el positivismo el iusnaturalismo y los intensas discusiones sobre el fundamento de los derechos humanos, han llevado a recorrer un camino, en el que hoy, la moralidad se ha insertado como criterio de validez en el propio sistema, en una comunicación recíproca y permanente con el derecho internacional que asegura una concepción universal, fundada en el respeto a las libertades, pero también en obligaciones positivas como las de dar efectividad a los derechos humanos mediante una interpretación amplia, sustentada en la dignidad de la persona; en la indivisibilidad, interdependencia y progresividad de los derechos humanos.

Las reglas primarias y secundarias, se conjugan con la regla de reconocimiento que no sólo adopta a las obligaciones normativas, claramente deducibles de las primeras dos; sino consideraciones morales emanadas de las prácticas sociales de una comunidad que traspasa los límites de la soberanía tradicional del derecho interno.

Los recursos para hacer viable la efectividad de los derechos, imponen el uso de herramientas metodológicas, como el juicio de ponderación y el juicio de proporcionalidad, pero a la vez, estos instrumentos ameritan de razonamientos más depurados, que puedan penetrar en el encuentro de significados éticos, mediante un permanente ensayo y error, guiado por la visión del observador y del afectado, en un procedimiento orientado por la intuición y el razonamiento crítico.

CAPÍTULO 6. MODELO DE DECISIÓN JUDICIAL.

1. Modelo de decisión judicial. 1.1. La elección de una norma válida. 1.2. Decisión sobre el significado de la norma jurídica aplicada. 1.3. Decisión sobre la evidencia. 1.4. Subsunción. 1.5. Decisión jurídica final. 2. Justificación externa de validez. 2.1. Validez sistémica. 2.2. Validez axiológica. 3. Justificación externa sobre interpretación. 4. Justificación externa sobre las consecuencias 5. Notas sobre los problemas de evidencia para el sistema penal acusatorio 6. Resumen.

soy la fotografía de un desaparecido.
Soy la sangre dentro de tus venas,
soy un pedazo de tierra que vale la
pena.

Calle 13.

1. Modelo de decisión judicial

Desde 1979 Jerzy Wróblewski, en *Revue internationale de philosophie*, analizó el tema sobre la justificación de las decisiones.⁴⁸²

En principio, Wróblewski presenta un catálogo de conceptos, que conformarán la base para el desarrollo del tema de la justificación de las decisiones. Señala que la necesidad de justificación deriva del hecho de que las decisiones no pueden considerarse absolutamente evidentes o claramente arbitrarias.⁴⁸³

También, precisa que el término racional significa que una proposición o una norma son justificables mediante una argumentación apropiada y clasifica a la racionalidad interna (operación deductiva) y a la externa cuando las premisas han sido aceptadas.

Al discurso jurídico le llama cualquier razonamiento verbalizado sobre problemas jurídicos, que se espera que sean abordados de manera racional y

⁴⁸² *Op.Cit.* Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el Derecho*, p. 45.

⁴⁸³ Idem. Aparece la nota 1, que se remite a Perelman, "...doit être justifié, par un esprit épris de rationalité, ce qui ne 'est ni évident ni arbitraire'".

hace una clasificación de los distintos discursos jurídicos, según atienda al sujeto o al problema.

Con respecto al sujeto, se identifican distintas actividades que puede realizar el sujeto: crear el derecho; aplicarlo o describirlo. En la creación del derecho en normas de carácter general se encuentra el legislador; en la aplicación el juez, quien debe dar la solución a un caso determinado; y, en la tercera actividad, se reserva al sujeto que estudia fenómenos jurídicamente relevantes.

En la clasificación que atiende al problema, distingue la solución de una controversia, en la que hay pretensiones contradictorias de las partes; y, decisiones que requieren de una justificación, que debe tomarse conforme a estándares preconcebidos.

Para la justificación, crea un modelo lógico, en el que emplea “instrumentos lógico-semióticos” y los divide en cuatro: a) análisis lógico; b) lógica formal; c) lógica no formal y c) lingüística general.

Al análisis lógico, a); lo identifica con la filosofía que comprende al neopositivismo; la filosofía de Wittgenstein y la proveniente de Oxford (J. L. Austin, P. F. Strawson, H. L. A. Hart); por lógica formal, b) se refiere a la lógica alética, deóntica o a ambas; en lo que corresponde a la lógica no formal, c), se remite a Theodor Viehweg (Tópica) y a Chaim Perelman (*Nouvelle rhétorique*) y la lingüística d) analiza las propiedades del lenguaje de las normas jurídicas: sintáctica; semántica y pragmática.⁴⁸⁴

Con independencia de que en el capítulo 1, en el subcapítulo 3, se desarrolló el tema sobre justificación interna y externa, en lo que no nos detendremos, sólo aclararemos que Wróblewsky opone los términos lógica formal F, y lógica no formal NF, para distinguir que ésta última no se puede formalizar (exigen una argumentación basada, en la Retórica o en la Tópica) a diferencia de los razonamientos que sí se pueden formalizar y que pueden evaluarse desde el punto de vista de su validez formal.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ *Ibidem* pp. 50-51.

⁴⁸⁵ Véase, p. 30.

Según parece, la idea de Wróblewsky se funda en las posibilidades que se pueden presentar en el contexto de una decisión, que se pueden combinar las justificaciones IN y EX con las justificaciones F y NF, para obtener cuatro tipos de decisiones jurídicas; lo que quiere decir, que podría presentarse distintas hipótesis.

- 1) IN – F
- 2) IN - NF
- 3) EX – F
- 4) EX – NF

En 1), se presenta una justificación interna, en donde la conclusión deriva de sus premisas y sólo requiere de una justificación de carácter formal, pues no es necesario que se argumente para que las premisas sean aceptadas.

En 2), se presenta una justificación interna en donde la conclusión deriva de sus premisas pero al verificar el argumento, se requiere de una justificación no formal, para que sus premisas sean aceptadas.

En 3) se presenta una justificación externa, en la que una vez que se han planteado argumentos para presentar sus premisas, éstas son aceptadas y luego basta con una justificación formal, en donde la conclusión derive de las premisas aceptadas.

En 4), se presenta una justificación externa, en la que una vez que se han planteado argumentos para presentar sus premisas, éstas son aceptadas; sin embargo no se puede llegar a una conclusión, mediante un argumento deductivo.

En lo que corresponde a las tipologías, según se había señalado, una corresponde al sujeto y otra al problema. En la del sujeto, en otros términos, ubicaríamos: al legislador L; a nuestro participante (el juez) P; y al observador (quien estudia fenómenos jurídicamente relevantes) O.

El modelo teórico de la decisión legislativa, comprende cinco elementos: a) determinación de un fin en un sistema axiológico; b) la determinación de los medios para alcanzar los fines propuestos; c) selección de los medios potenciales para alcanzar el fin; el legislador se debe preguntar, ¿son las reglas jurídicas, los medios apropiados?; d) delimitación de la norma jurídica, como instrumento, en la

dimensión técnica: materia: sustantiva, adjetiva, civil, administrativa, laboral; nivel jerárquico; texto; e) promulgación de una regla jurídica general.⁴⁸⁶

El modelo de la aplicación del derecho para la toma de decisiones, comprende la solución de cuatro tipos de problemas.⁴⁸⁷

- 1) Elegir una norma válida.
- 2) Decidir sobre los hechos del caso.
- 3) Realizar una operación de subsunción de los hechos a la norma.
- 4) Determinar las consecuencias jurídicas.

1.1. La elección de una norma válida

Se debe verificar la validez de la norma; si se presenta algún conflicto normativo se debe resolver; y, si el texto no es claro, se debe remover la duda, a partir de la interpretación jurídica.⁴⁸⁸

El análisis de validez, como se puede entender, incluye al significado de la interpretación jurídica de la norma, no obstante el tema sobre la interpretación se analiza en un apartado distinto, esto puede obedecer al hecho de que la solución de los problemas sobre el significado de la norma, a su vez, implica la determinación de la norma que se considera válida, una vez que se han despejado las dudas derivadas de su interpretación.

La decisión sobre la validez, depende del concepto de validez y existen tres conceptos⁴⁸⁹:

- a) Validez sistémica.
- b) Validez factual.
- c) Validez axiológica.

a) Este criterio califica la validez de una norma en función de su promulgación, ausencia de derogación, consistencia con otras normas válidas y eventualmente su relación con otras normas en el sistema (consecuencias formales y/o

⁴⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 54-55.

⁴⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 58-60.

⁴⁸⁸ *Idem.*

⁴⁸⁹ *Ibíd.*, p. 29

consecuencias interpretativas). Se puede demostrar que cualquier uso de algunos criterios de validez sistémica se basan en valoraciones.⁴⁹⁰

Se debe destacar que las consecuencias interpretativas que lleven a la decisión de invalidez o de validez de una norma frente a otra o frente a un conjunto de otras normas, comprende a los criterios de interpretación existentes, que constituyen en el sistema Mexicano, una exigencia, derivada de la obligatoriedad de la jurisprudencia, en términos del artículo 94 de la Constitución.

Carla Huerta Ochoa, es de la opinión de que la validez de las normas sirve para identificar al orden jurídico, pues en este se encuentran el conjunto de normas que tienen aplicación simultánea en el orden jurídico o bien el conjunto de normas vigentes, entre estas, se incluyen a aquellas que por disposición expresa, a pesar de su derogación deben aplicarse de manera retroactiva o ultraactiva.⁴⁹¹

La irretroactividad se localiza en un principio que dice que la ley no se podrá aplicar de manera retroactiva en perjuicio de persona alguna; no obstante en algunos casos es posible su aplicación retroactiva cuando el sistema jurídico lo permite, como cuando es en beneficio de la persona. La ultraactividad permite la aplicación de una norma después de su derogación para preservar algunos derechos.⁴⁹²

b) Usa criterios empíricos de eficacia de las normas, entendida usualmente como una condición adicional impuesta a las normas que son sistemáticamente válidas. Se basa en criterios derivados de normas jurídicas generales que se emplean como un hecho lingüístico sin ninguna valoración. Las normas pierden su validez cuando no se utilizan en situaciones reguladas por ellas.⁴⁹³

c) Es una condición necesaria y estriba en su consistencia con algunas normas extra-jurídicas y/o valoraciones. El criterio de validez, por lo general, se concibe como una referencia a algún sistema axiológico extra-jurídico. La valoración queda involucrada en la elección de este sistema, y puede ser necesario comprobar los

⁴⁹⁰ Idem.

⁴⁹¹ Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, Cuestiones Relevantes*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, p.109.

⁴⁹² *Ibidem.* p. 110-111.

⁴⁹³ Idem.

critérios de consistencia con este sistema para evaluar si se han satisfecho o no.⁴⁹⁴

1.2. Decisión sobre el significado de la norma jurídica aplicada

La decisión precisa determinar el sentido de la norma a partir de las directivas interpretativas elegidas. La interpretación jurídica es una interpretación operativa que se desarrolla a partir de un modelo interpretativo.⁴⁹⁵

Se debe diferenciar entre la interpretación doctrinal de la interpretación operativa; esta es la que responde a un modelo de decisión judicial, en la que es obligatoria la interpretación y a partir de esta se busca despejar una duda sobre el sentido verdadero y correcto que se le debe asignar al enunciado; la interpretación doctrinal pertenece a la dogmática jurídica y su finalidad es la de sistematización del derecho válido.⁴⁹⁶

En los problemas sobre vaguedad del lenguaje, se pueden presentar tres supuestos: a) la norma contempla el hecho; b) la norma no contempla el hecho o c) no se sabe si a) o b). Los tres tipos de vaguedad corresponden a tres contextos que influyen en el sentido de la norma: lenguaje jurídico; sistema jurídico y contexto funcional.⁴⁹⁷

Ahora bien, la decisión precisa determinar el sentido de la norma a partir de las directivas interpretativas elegidas, conforme al modelo interpretativo,⁴⁹⁸ como sigue:

- a) Debe presentarse una duda sobre el sentido propio o verdadero de la norma.
- b) Se debe acudir a directivas de interpretación que se valen de una justificación no formal.
- c) Estas directivas son de primer y segundo grado.

En las directivas interpretativas de primer grado, se utiliza: el contexto lingüístico de la norma en cuestión; el contexto sistémico al que pertenece la

⁴⁹⁴ Idem.

⁴⁹⁵ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, Op. Cit, pp. 135-137.

⁴⁹⁶ Idem.

⁴⁹⁷ Ibídem, pp. 138-139.

⁴⁹⁸ Ibídem, p. 142.

norma y, en el contexto funcional, se analiza el contexto psico-social en el que la norma se promulgó.

Por otra parte, en las directivas interpretativas de segundo grado, cuando la interpretación de la norma a la luz de las directivas de primer grado lleve a diferentes sentidos, ha de elegirse el sentido preferencial, mediante una valoración de segundo grado que corresponderá a la idea del mejor argumento.

En lo que corresponde a los problemas sobre interpretación o derivados del sentido que se le debe asignar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversos criterios que orientan sobre el trabajo interpretativo, los que por ser parte del derecho válido, es necesario tener en cuenta.

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN. La aplicación del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige del órgano jurisdiccional optar por aquella de la que derive un resultado acorde al Texto Supremo, en caso de que la norma secundaria sea oscura y admita dos o más entendimientos posibles. Así, el Juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe elegir, de ser posible, aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico.⁴⁹⁹

INTERPRETACIÓN DIRECTA DE NORMAS CONSTITUCIONALES. CRITERIOS POSITIVOS Y NEGATIVOS PARA SU IDENTIFICACIÓN. En la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueden detectarse, al menos, dos criterios positivos y cuatro negativos para identificar qué debe entenderse por "interpretación directa" de un precepto constitucional, a saber: en cuanto a los criterios positivos: 1) la interpretación directa de un precepto constitucional con el objeto de desentrañar, esclarecer o revelar el sentido de la norma, para lo cual puede atenderse a la voluntad del legislador o al sentido lingüístico, lógico u objetivo de las palabras, a fin de entender el auténtico significado de la normativa, y ello se logra al utilizar los métodos gramatical, analógico, histórico, lógico, sistemático, causal o teleológico.

⁴⁹⁹ [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Diciembre de 2010; Pág. 646

Esto implica que la sentencia del tribunal colegiado de circuito efectivamente debe fijar o explicar el sentido o alcance del contenido de una disposición constitucional; y, 2) la interpretación directa de normas constitucionales que por sus características especiales y el carácter supremo del órgano que las crea y modifica, además de concurrir las reglas generales de interpretación, pueden tomarse en cuenta otros aspectos de tipo histórico, político, social y económico. En cuanto a los criterios negativos: 1) no se considera interpretación directa si únicamente se hace referencia a un criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia en el que se establezca el alcance y sentido de una norma constitucional. En este caso, el tribunal colegiado de circuito no realiza interpretación alguna sino que simplemente refuerza su sentencia con lo dicho por el Alto Tribunal; 2) la sola mención de un precepto constitucional en la sentencia del tribunal colegiado de circuito no constituye una interpretación directa; 3) no puede considerarse que hay interpretación directa si deja de aplicarse o se considera infringida una norma constitucional; y, 4) la petición en abstracto que se le formula a un tribunal colegiado de circuito para que interprete algún precepto constitucional no hace procedente el recurso de revisión si dicha interpretación no se vincula a un acto reclamado.⁵⁰⁰

INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN. Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, será posible

⁵⁰⁰ [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Agosto de 2010; Pág. 329

acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio.⁵⁰¹

NORMAS PENALES. AL ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD NO PROCEDE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN CONFORME O INTEGRADORA. Si bien es cierto que al realizar el análisis de constitucionalidad de disposiciones generales es factible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación acuda a la interpretación conforme, e incluso emita resoluciones integradoras a efecto de corregir las omisiones que generan la inconstitucionalidad, también lo es que el empleo de dichas prácticas interpretativas es inadmisibles en materia penal, en atención a las particularidades del principio de legalidad en esta rama jurídica, como son: a) Reserva de ley, por virtud del cual los delitos sólo pueden establecerse en una ley formal y material; b) La prohibición de aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de alguna persona (verbigracia, leyes que crean delitos o aumenten penas); y, c) El principio de tipicidad o taxatividad, según el cual las conductas punibles deben estar previstas en ley de forma clara, limitada e inequívoca, sin reenvío a parámetros extralegales, y que implica la imposibilidad de imponer penas por analogía o por mayoría de razón, y la prohibición de tipos penales ambiguos. Además, la determinación que haga el legislador al emitir la norma constituye la esencia del respeto al principio de legalidad en materia de imposición de penas, pues acorde con los aspectos que abarca dicho principio aquél está obligado a estructurar de manera clara los elementos del tipo penal, delimitando su alcance de acuerdo a los bienes tutelados, imponiendo la determinación del sujeto responsable y de sus condiciones particulares y especiales, así como a establecer con toda

⁵⁰¹ [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XI, Junio de 2000; Pág. 13

claridad las penas que deben aplicarse en cada caso.⁵⁰²

INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN. La interpretación de una norma general analizada en acción de inconstitucionalidad, debe partir de la premisa de que cuenta con la presunción de constitucionalidad, lo que se traduce en que cuando una disposición legal admita más de una interpretación, debe privilegiarse la que sea conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Entonces, cuando una norma legal admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales podrían conducir a declarar su oposición con la Ley Suprema, siempre que sea posible, la Suprema Corte de Justicia de la Nación optará por acoger aquella que haga a la norma impugnada compatible con la Constitución, es decir, adoptará el método de interpretación conforme a ésta que conduce a la declaración de validez constitucional de la norma impugnada, y tiene como objetivo evitar, en abstracto, la inconstitucionalidad de una norma; sin embargo, no debe perderse de vista que la acción de inconstitucionalidad es un medio de control que tiene como una de sus finalidades preservar la unidad del orden jurídico nacional, a partir del parámetro constitucional; como tampoco debe soslayarse que tal unidad se preserva tanto con la declaración de invalidez de la disposición legal impugnada, como con el reconocimiento de validez constitucional de la norma legal impugnada, a partir de su interpretación conforme a la Ley Suprema, ya que aun cuando los resultados pueden ser diametralmente diferentes, en ambos casos prevalecen los contenidos de la Constitución. En consecuencia, el hecho de que tanto en el caso de declarar la invalidez de una norma legal, como en el de interpretarla conforme a la Constitución, con el propósito de reconocer su validez, tengan como finalidad salvaguardar la unidad del orden jurídico nacional a partir del respeto y observancia de las disposiciones de la Ley Suprema, este Tribunal Constitucional en todos los casos en que se cuestiona la constitucionalidad de una disposición legal, debe hacer un juicio razonable a partir de un ejercicio de ponderación para verificar el peso de los fundamentos que pudieran motivar la declaración de invalidez de una norma, por ser contraria u opuesta a un postulado constitucional, frente al peso derivado de que la disposición cuestionada es producto del ejercicio de las atribuciones del legislador y que puede ser objeto de una interpretación que la haga acorde con los contenidos de la Ley Suprema, debiendo prevalecer el que otorgue un mejor resultado para lograr la observancia del orden dispuesto por el

⁵⁰² [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Abril de 2009; Pág. 1124

Constituyente y el órgano reformador de la Norma Suprema.⁵⁰³

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico.⁵⁰⁴

1.3. Decisión sobre la evidencia

En la decisión sobre la evidencia que se expresa: el hecho *f* ha ocurrido en el tiempo *t* y en el espacio *s*, hay que tomar en cuenta que existen directivas de evidencia empírica o jurídica; las primeras, se refieren a hechos que pueden probarse a través de las ciencias naturales o conforme a la experiencia común; por otro lado, la evidencia jurídica es peculiar del derecho y no resulta empíricamente válida. Se trata específicamente de construcciones convencionales fijadas por la ley para acreditar determinados hechos a partir de presunciones.⁵⁰⁵

Hay distintos sistemas de valoración de las pruebas, algunos son tasados y la ley determina el valor que se le debe asignar a las pruebas; otros, se fundan en la libre valoración.

⁵⁰³ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Febrero de 2008; Pág. 1343.

⁵⁰⁴ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VII, Abril de 1998; Pág. 117.

⁵⁰⁵ Op. Cit. Wróblewsky, p. 261.

En otro contexto, en la argumentación sobre los hechos y su justificación, persiste la interrogante ¿quién dice la verdad?: la autoridad responsable, el actor, el demandado, el patrón, el trabajador, los testigos, el procesado, su acusador, etc.

Esta interrogante queda muchas veces sin respuesta y las decisiones lamentablemente, se toman con hechos formalmente demostrados, que no necesariamente corresponden con la realidad.⁵⁰⁶

Existen distintas teorías sobre la argumentación en materia de hechos; en términos generales se pueden considerar aquellas que se fundan en el análisis semiótico; según se orienten a una función: semánticas, pragmáticas o sintáctica.

La teoría semántica se funda en la idea de que los hechos, para el derecho, deben encontrar una correspondencia con la realidad, lo que implica que en la demostración de un hecho determinado, se deben acumular una serie de elementos, que reconstruyan a la realidad, tal como es.

Hay que tener presente que la actividad de probar es la de demostrar que un hecho ocurrió en un tiempo y lugar determinados, por tanto la actividad probatoria se enfoca a reconstruir con la mayor fidelidad lo que ocurrió en ese lugar y tiempo definidos.

Esta aspiración a encontrar esa relación entre la prueba y el hecho, por supuesto, tiene en cuenta las limitaciones entendibles, derivadas de la posibilidad de conocer la realidad, pues nuestros sentidos funcionan de modo que nos dan sólo una percepción relativa del entorno.

Por tanto, esta teoría semántica, aun cuando aspira a encontrar una correspondencia entre los hechos con la realidad, lo hace desde un enfoque realista, que se reduce a encontrar un margen de probabilidad aceptable que haga

⁵⁰⁶ Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho*. Op. Cit.. Sobre el conocimiento de los hechos, la autora apunta: “El conocimiento del pasado no es el objetivo inmediato de la indagación del juez, sino tan sólo un paso previo a la decisión que debe adoptar: si la historia –o la ciencia- sólo se interesa por conocer la verdad, el juez “está interesado primordialmente en solucionar conflictos sociales”. Por eso, si el juez procede en parte como historiador, no es un historiador. Ante la dificultad de comprobar unos hechos, un historiador, como un científico, puede decir “no sé”; no dar una respuesta judicial constituye, por el contrario, una denegación de justicia”, p. 119.

a una proposición verosímil, pues la prueba plena es inalcanzable. A este modelo se le conoce como semántico cognoscitivista⁵⁰⁷.

Hay otros modelos que se fundan en una posición sintáctica o pragmática.

En las tesis sintácticas se busca que exista una coherencia narrativa entre los acontecimientos, de modo que según su secuencia lógica y cronológica, encajen para hacer creíble un relato o serie de acontecimientos.⁵⁰⁸

Quienes participan de esta posición, normalmente son criticados porque un buen relato haría creíble una historia de hadas, dado que lo importante no es que exista una correspondencia con la realidad, sino mantener la coordinación adecuada entre un suceso y otro, para hacerlos creíbles.

En los modelos pragmáticos, no pretenden que exista una correspondencia entre los hechos con la realidad. Su finalidad es la de asignar valores de verdadero a aquello que resulte útil o que cumpla con una función relevante para la comunidad.

En este caso encontramos, por ejemplo, a las presunciones humanas o legales; las primeras se construyen sobre la base de la experiencia o bien, a partir de la utilidad que resulta de considerar demostrado algún hecho, en miras de salvaguardar otros bienes jurídicos relevantes, como el secreto profesional, o la presunción de inocencia.

Las teorías pragmatistas de la verdad, asimilan la verdad a los métodos de obtención de la misma, parecen abocadas a abrazar un cierto “relativismo ontológico”, pues la realidad no es algo dado, sino dependiente de nuestros valores, o teorías, de nuestros esquemas de conocimiento o verificación; con las consecuencias que ello puede acarrear en todo caso, pero particularmente en el

⁵⁰⁷ Ibídem, Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho*, Madrid, Marcial Pons. “La epistemología sobre la que descansa el modelo cognoscitivista postula un realismo mínimo, y por tanto concibe el conocimiento de los hechos como la relación entre el sujeto cognoscente y mundo real que permite calificar los resultados del conocimiento como verdaderos o falsos, dependiendo de que los acontecimientos que describen hayan sucedido o no. Que las condiciones y obstáculos teóricos e institucionales para alcanzar el conocimiento impidan hablar de “verdades absolutas” no invalida el modelo. Pone sólo de manifiesto que hay que tomar conciencia del carácter relativo y no absoluto del conocimiento alcanzado, y que tal vez por ello sea preferible hablar de probabilidad o conocimiento probable en lugar de verdad”, p. 65.

⁵⁰⁸ Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho* Op. Cit. “La coherencia narrativa suministra un test en relación con cuestiones de hecho cuando no cabe prueba directa, por observación inmediata de las mismas...El test de coherencia narrativa justifica que asumamos creencias –y rechacemos otras- en relación con hechos del pasado, porque consideramos al mundo fenoménico como algo explicable, p 119.

plano judicial: puede haber creencias útiles o satisfactorias y que por ello se considere justificado aceptarlas, pero tales creencias serán falsas, en el sentido de que no tendrán una correspondencia con la realidad.⁵⁰⁹

Con respecto a los modelos anteriores, el cognoscitivista, busca una correspondencia entre los hechos con la realidad, desde una base probable, aunque en realidad un modelo, no es irrestrictamente compatible con una sola función semántica, pues se puede complementar con las otras, que de hecho, así ocurre en los esquemas mixtos de valoración de las pruebas, no obstante debe ser predominante un modelo semántico cognoscitivista, si lo que se pretende es emitir decisiones sobre hechos que en mayor o menor medida, se correspondan con la realidad.

1.4. Subsunción

A través de este procedimiento se relaciona la premisa normativa con la premisa fáctica; es en este punto en donde una vez resueltos los problemas de interpretación tanto en las normas como en los hechos, se considera que estos califican los supuestos considerados en las hipótesis normativas.

1.5. Decisión jurídica final

En algunos casos, es preciso tomar una decisión sobre las consecuencias jurídicas finales, esta decisión requiere justificarse mediante directivas de elección de consecuencias. Por ejemplo, en la determinación de las penas es preciso fijar una sanción considerando directivas que tienen relación con las circunstancias externas de ejecución del hecho delictuoso y otras que se refieren a las particularidades del sentenciado.

2. Justificación externa de validez

2.1. Validez sistémica

I. Reformas a la Constitución

⁵⁰⁹ Op. Cit. Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho*, p. 61.

A) El participante:

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, analizó en el amparo en revisión 123/2000 la procedencia del juicio de amparo que se enderezó en contra de una reforma constitucional; particularmente en el supuesto de las comunidades indígenas contenido en el artículo 2.

El argumento para plantear el juicio de amparo, se orientó a controvertir el proceso de reformas a la Constitución, por lo que primero, se hizo un análisis sobre el contenido de la reforma para determinar, si se afectaba o no el interés jurídico de dichas comunidades indígenas, para ello se citó como fundamento, la tesis:

REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. EL INTERÉS JURÍDICO DERIVA DE LA AFECTACIÓN QUE PRODUCE, EN LA ESFERA DE DERECHOS DEL QUEJOSO, EL CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS MODIFICADOS. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha determinado que cuando se impugna el proceso de reforma constitucional no es la Carta Magna, sino los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma, lo que se pone en tela de juicio, por lo que pueden ser considerados como autoridades responsables quienes intervienen en dicho proceso, por emanar éste de un órgano constituido, debiendo ajustar su actuar a las formas o esencias consagradas en los ordenamientos correspondientes, conducta que puede ser controvertida mediante el juicio de amparo, por violación al principio de legalidad. Asimismo, estableció que la circunstancia de que aun cuando el proceso de reforma hubiese sido elevado a la categoría de norma suprema, tal situación no podría desconocer la eficacia protectora del juicio de amparo como medio de control constitucional, puesto que de ser así no habría forma de remediar el posible incumplimiento de las formalidades consagradas en el artículo 135 de la Carta Magna ni, por ende, podría restablecerse a los agraviados en los derechos que estiman violados, con lo que se autorizaría la transgresión a derechos fundamentales sin oportunidad defensiva. En consecuencia, si bien es cierto que el contenido del dispositivo constitucional resulta inimpugnabile a través de la demanda de garantías, siendo sólo atacable el proceso de reforma correspondiente, y el interés jurídico se identifica como la tutela que se regula bajo determinados preceptos legales, la cual autoriza al quejoso el ejercicio de los medios para lograr su defensa, así como la reparación del perjuicio que le irroga su desconocimiento o violación, debe concluirse que el interés jurídico para promover el juicio contra el proceso de reforma relativo debe derivar directamente de los efectos que produce la

vigencia del nuevo precepto constitucional, pues son éstos los que producen un menoscabo en la esfera jurídica del gobernado.⁵¹⁰

El análisis del contenido del artículo 2º que consagra los derechos fundamentales en materia indígena, se hizo destacando las características fundamentales de la reforma:

- a) Se precisó el concepto de los pueblos indígenas.
- b) Se destacó el derecho de los pueblos indígenas a ser reconocidos.
- c) El derecho a su libre determinación y autonomía, dentro de lo que se entiende la libertad para decidir sus formas internas de convivencia y organización social; la aplicación de sus propios sistemas normativos; la elección de sus autoridades; la preservación y enriquecimiento de sus lenguas; la conservación y mejoramiento de su hábitat; el acceso al uso y disfrute de los lugares que habitan; la elección de representantes ante los ayuntamientos; y el acceso a la jurisdicción estatal.

Con respecto al apartado B del artículo 2º, se estableció la implementación de partidas específicas en los presupuestos de egresos, para impulsar el desarrollo regional; garantizar y elevar los niveles de escolaridad, tener un acceso efectivo a los servicios de salud, al mejoramiento de las condiciones de las comunidades, para incorporar a las mujeres indígenas al desarrollo, entre otros.

Posteriormente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, procedió a hacer un análisis del artículo 135 constitucional, para llegar a la conclusión de que el marco constitucional delimita un sistema rígido de reformas, en donde no se puede impugnar el contenido de una reforma constitucional. Al efecto, se señaló:

Consecuentemente, en cuanto al contenido de las reformas constitucionales, su sujeción al orden jurídico constitucional (única y exclusivamente en cuanto se supedita al espíritu y los principios fundamentales de la carta Magna que no impliquen su derogación, al ser éste el límite material establecido para el órgano reformador), se encuentra garantizado por la conformación compleja del órgano reformador y, por ello, no es susceptible de ser sometido a la posibilidad de impugnación a través de un medio de defensa constitucional, pues basta con que formalmente

⁵¹⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, septiembre 1999, p 11.

se trate de una adición o reforma para considerar que el órgano reformador actuó con sujeción al orden constitucional.

Además, ello atentaría contra el sistema constitucional establecido, pues vía el medio de defensa constitucional, un órgano diverso al que constitucionalmente se le otorga la función de reformar la Constitución podría invalidar la voluntad de éste, convirtiéndolo así en un Poder superior a todos los que el Poder Constituyente estableció, quebrantándose con ello nuestra forma de gobierno federal, así como los principios de división de poderes y, como consecuencia, el propio principio de supremacía constitucional que supuestamente con ellos se pretendía asegurar.

Luego, se invocaron dos criterios más:

CONSTITUCION FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SI. Las reformas a los artículos 49 y 131 de la Constitución, efectuadas por el Congreso de la Unión, no adolecen de inconstitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por lo que no se puede decir que algunos de sus estatutos no deban observarse por ser contrarios a lo dispuesto por otros. La Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado y conforme a su artículo 133, la Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el cual no se podría hablar de orden jurídico positivo, porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que componen el derecho positivo de un Estado. Además, siendo "la Ley Suprema de toda la Unión", únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con las disposiciones de la misma que en el derecho mexicano se contienen en el artículo 135 constitucional, y únicamente por conducto de un órgano especialmente calificado pueden realizarse las modificaciones o adiciones, y por exclusión, ningún otro medio de defensa legal como el juicio de amparo es apto para modificarla.⁵¹¹

CONSTITUCION, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUIA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que algunas de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional. Por otro lado, la Constitución únicamente puede

⁵¹¹ 7ª Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Vol. 39, Primera Parte, Materia Constitucional, p 22.

ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece.⁵¹²

Con motivo de la ejecutoria anterior, se emitió la

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. CARECE DE INTERÉS JURÍDICO UNA COMUNIDAD INDÍGENA PARA RECLAMAR EN JUICIO DE AMPARO EL PROCESO RELATIVO. El interés jurídico para promover el juicio de amparo en contra de un proceso de reformas a la Constitución Federal, debe derivar directamente de los efectos que produzca en la esfera jurídica del quejoso la vigencia de los nuevos preceptos, al ser éstos los que pueden producirle un menoscabo. En ese sentido, cabe concluir que el juicio de garantías promovido por una comunidad indígena en contra del referido proceso en materia de derechos de los indígenas es improcedente, al no surtirse el presupuesto de afectación a su interés, pues en los artículos constitucionales reformados se prevé una serie de derechos en su favor, como garantías mínimas que deben cumplirse, así como de acciones y obligaciones que deben ser realizadas por la Federación, los Estados y los Municipios, en sus respectivos ámbitos de competencia, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas, eliminar prácticas discriminatorias, asegurar la vigencia de sus derechos, promover su desarrollo integral y abatir las carencias y rezagos que padecen, lo que lejos de perjudicarlos los beneficia, por lo que el perjuicio relativo no puede derivar de la manera en que el Órgano Reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos decidió proteger a la población indígena, toda vez que el Constituyente estableció la posibilidad de adicionar o reformar la propia Ley Fundamental a través de las instituciones representativas de la voluntad de la Nación Mexicana, sin dar intervención directa al pueblo, esto es, no se prevé medio de defensa alguno para impugnar el contenido de una modificación constitucional, ya que ello atentaría contra el sistema establecido. Asimismo, la falta de interés jurídico queda evidenciada con el hecho de que ante una hipotética sentencia que otorgara la protección constitucional contra el proceso de reforma constitucional en materia indígena, se ocasionarían perjuicios a la comunidad indígena quejosa en vez de beneficios, ya que no le serían aplicables las normas constitucionales que establecen derechos en su favor, pues en atención al principio de relatividad que rige las sentencias de amparo, en términos de lo dispuesto en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Federal y 76 de la Ley de Amparo, sus efectos no podrían ser los de obligar al Órgano Reformador de la Constitución a reponer el proceso de reformas a la propia Carta Magna, porque con ello se

⁵¹² 8va, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo V, Primera Parte, Enero – Junio 1990, p 17

darían efectos generales a la ejecutoria, en contravención al principio aludido.⁵¹³

B) El observador:

Los argumentos y precedentes citados por el participante, para concluir en que no existe un control que se pueda ejercer contra el poder reformador de la constitución, han sido concretados en una jurisprudencia que superó a las anteriores, que dice:

PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL. De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las Legislaturas Locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía.⁵¹⁴

Los criterios anteriores, desde el enfoque de la teoría del derecho, son compatibles con los principios de consistencia y coherencia⁵¹⁵; lo primero porque los criterios aludidos ponen énfasis en las eventuales contradicciones que podrían sobrevenir para el caso de que se admita un control sobre el poder reformador; pero además, implícitamente salvan al sistema de probables incoherencias normativas, frente a la disparidad de contenidos o de normas irreconciliables.

No obstante, la reforma al artículo 1º Constitucional, pone de nuevo en el escaparate de la discusión el posible caso, de que una reforma constitucional

⁵¹³ 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Noviembre de 2002; Pág. 455

⁵¹⁴ 9ª, P./J. 39/2002 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVI, Septiembre de 2002 , 1136.

⁵¹⁵ Véase notas 304 y 305, pp. 190-191.

pueda enfrentarse a un tratado internacional sobre derechos humanos; esta hipótesis no es remota, pues por lo menos en capítulos precedentes ya se han nombrado 3 casos⁵¹⁶ en los que puede presentarse esta situación: en el arraigo, consignado en el artículo 16 Constitucional; en el artículo 123, fracción XIII, apartado B del mismo ordenamiento, que restringe la posibilidad de que los servidores públicos, que prestan sus servicios en actividades de seguridad, no sean reinstalados en sus empleos, a pesar de haber sido destituidos y de que obtengan una resolución favorable contra la destitución; así como la restricción a los recursos del Consejo de la Judicatura, a que se refiere el artículo 100 de la Constitución.

El problema de jerarquía normativa que se dejó pendiente en la contradicción de tesis presentada por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de la Rea, deja un vacío importante en el sistema jurídico mexicano.⁵¹⁷

Tal vez el problema se pueda resolver considerando precisamente los criterios de coherencia y consistencia. Es indudable que si los tratados internacionales se ubican en el mismo nivel que la Constitución o bien, en un nivel superior, se presentarán contradicciones, derivadas del control constitucional de los tratados, por vía del juicio de amparo, en el artículo 103, fracción I de la Constitución, o bien por la vía de las formalidades que exige el artículo 89 fracción X del propio ordenamiento.

Tales contradicciones consistirían en que de estar en el mismo nivel los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de constitucionalidad o legalidad de los mismos, se anularía el propio control, ya que esta posibilidad sería semejante a plantear la inconstitucionalidad de la constitución.⁵¹⁸

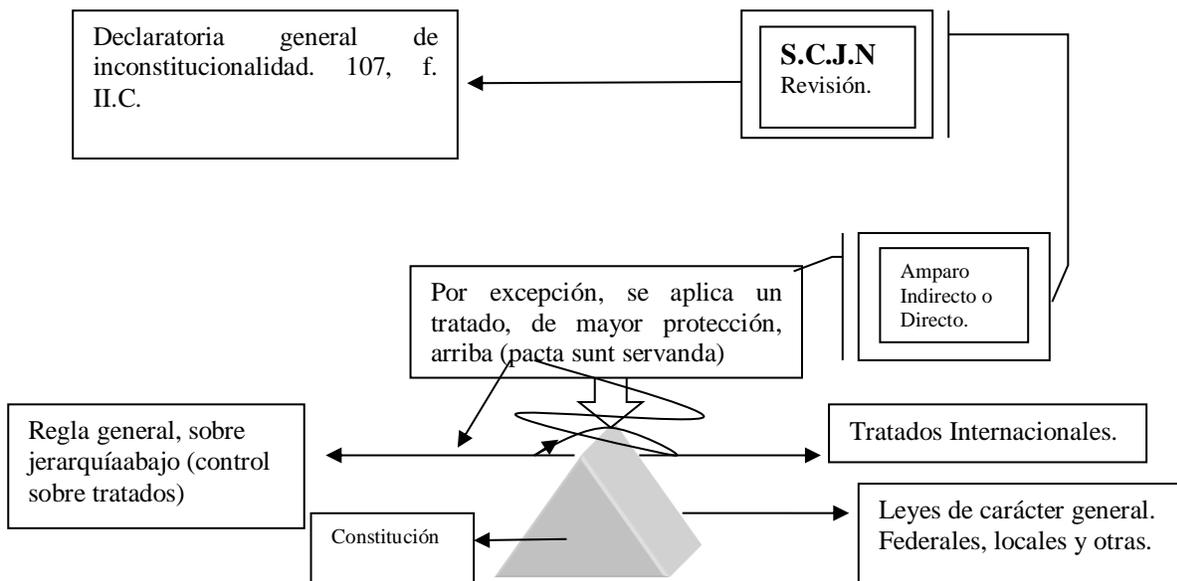
Por otro lado, si los tratados internacionales sobre derechos humanos, se ubican por encima de la constitución, no se podría ejercer un control de una norma que es superior a la constitución.

⁵¹⁶ Véase incisos a), b) y c), p.248.

⁵¹⁷ Véase nota 363, p. 219.

⁵¹⁸ Véanse notas 511 y 512, pp.319-320.

Por consiguiente, la única alternativa que podría escapar de esas contradicciones, sería la de que los tratados internacionales sobre derechos humanos se ubiquen en el sitio en el que actualmente se encuentran, por debajo de la constitución, pero por encima de las normas federales y, con la salvedad de que cuando los tratados aludidos, contengan una norma de mayor protección, se aplicará esta y no la constitución, pero esto sería de forma excepcional. Esto, podría ilustrarse con el siguiente esquema.



Lo anterior quiere decir, en otras palabras, que los tratados internacionales sobre derechos humanos, por regla general, quedarían debajo de la constitución, pero por excepción quedarían por encima de esta, en los casos en los que conforme al principio pro persona se justifique ese posicionamiento.

En cuanto a la norma constitucional que pudiera resultar inválida frente a algún tratado, habría que reservar la competencia de estos asuntos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues se trataría de un problema de inconvencionalidad de la Constitución, aunque esto se podría plantear en un procedimiento de amparo indirecto, para que se conserven las mismas disposiciones, aunque con especial énfasis en el control convencional de la

constitución, de esta forma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conservará su competencia originaria para hacer esta interpretación singular, conforme al artículo 107, fracciones VIII y IX de la Constitución, en su caso, se inaplicará la norma constitucional y se seguirá el procedimiento para la declaratoria general de “inconstitucionalidad”, conforme a la fracción II del mismo precepto.

Otra alternativa podría presentar mayores contradicciones, por lo que de no ser esta las demás podrían resultar arbitrarias, pues se rompería con el orden, la unidad, la coherencia y consistencia del sistema jurídico.

C) El afectado:

Desde el punto de vista del afectado, si no cuenta con un recurso o medio de defensa para poder plantear la contradicción entre un tratado internacional sobre derechos humanos y una reforma constitucional, que viola ese tratado; tal evento, en sí mismo llevaría a una paradoja, pues la ausencia de recursos es una violación al artículo 25.1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y con independencia de que con posterioridad, el afectado pueda intentar que la autoridad que corresponda, ejerza un control de la convencionalidad, dicho control sería también inconducente para enderezarse contra una reforma constitucional; incluso, ya la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que los conceptos de violación que plantean la inconventionalidad de un precepto constitucional, son inoperantes.

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES EN EL AMPARO DIRECTO. SON LOS QUE PLANTEAN LA INCONVENCIONALIDAD DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL. De los artículos 1o., 103, 105, 107 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales deriva la imposibilidad jurídica de que, en un juicio de amparo directo, o en cualquier otro juicio, la propia Constitución pueda sujetarse a un control frente a algún tratado internacional del que el Estado Mexicano sea parte, fundamentalmente porque con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se sigue reconociendo el principio de supremacía constitucional, lo cual obstaculiza cualquier

posibilidad de que las normas internacionales se conviertan en parámetro de validez de la Constitución, a la cual, por el contrario, se encuentran sujetas, conforme a los artículos señalados. En ese orden de ideas, el hecho de que el principio de supremacía constitucional no fuera modificado con la aludida reforma al artículo 1o. del Pacto Federal, torna imposible el planteamiento de la inconventionalidad de un artículo constitucional, pues los tratados internacionales encuentran su origen y validez en la Constitución; de ahí que los conceptos de violación en ese sentido deben declararse inoperantes.⁵¹⁹

II. El artículo 333, fracción VI de la Ley General de Salud

A) El participante:

En el juicio de amparo en revisión 115/2003, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵²⁰ declaró inconstitucional el artículo 333, fracción VI, de la Ley General de la Salud. Este artículo decía textualmente:

Artículo 333. Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

VI.- Tener parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor. Cuando se trate del trasplante de médula ósea no será necesario este requisito.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo una interpretación teleológica del artículo 4 de Constitución Federal que contiene el derecho a la salud. Sobre éste, consideró una vez analizados la exposición de motivos y los dictámenes de la Cámara de Senadores, como la de Diputados que participaron en la reforma de 3 de febrero de 1983, que se trata de una norma “programática”, que vela por el más alto nivel de salud de los seres humanos y, su prolongación, para el pleno desarrollo y bienestar de la sociedad.

Seguida de esta consideración, el máximo tribunal del país procedió a hacer una interpretación sistemática de los artículos 1, 14, y 22 del texto constitucional. El resultado se concretó en el hallazgo de los principios que protegen la igualdad, la vida y la dignidad humana, aspectos que el legislador secundario debía considerar para regular la norma “programática” que tutela el derecho a la salud.

⁵¹⁹ 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3; p. 2034

⁵²⁰ 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Agosto de 2003; p. 54

Respecto a la Ley General de la Salud, se analizaron los artículos 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 7º y 10º, de los que se encontró que el principio rector de esos artículos se sustentan en procurar el bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades, así como la prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana.

El 26 de mayo del año 2000, se publicaron en el Diario Oficial reformas a la Ley General de la Salud que regulaban aspectos relacionados con la donación de órganos. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación procedió a analizar el proceso legislativo que derivó en la reforma a los artículos 313 a 332 de ese ordenamiento legal, de donde se sustrajeron los principios siguientes, relacionados con los trasplantes de órganos:

- a) Finalidad terapéutica;
- b) Derecho de toda persona a decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes, en vida, incluso, después de su muerte;
- c) La donación de órganos para trasplantes se rige por principios de altruismo, ausencia ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito;
- d) Se prevé el riesgo menor para el posible donador o donante vivo, toda vez que el trasplante de órganos sólo podrá llevarse a cabo cuando represente un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante;
- e) Se garantiza la voluntad del donante, pues tiene que ser mayor de edad y en pleno uso de sus facultades mentales, se le debe proporcionar información imparcial sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción de órganos y en cualquier momento tiene la posibilidad de revocar su consentimiento, sin responsabilidad de su parte;
- f) La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico;
- g) Queda prohibido el comercio de órganos. Esta prohibición está regulada a partir de una serie de restricciones administrativas y penales; en este sentido, el artículo 336, fracción II de la Ley General de Salud, señala una pena de

prisión de 4 a 10 años, a quien comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos.

La conclusión de este apartado se orientó a exponer que en La Ley General de salud existe un sistema para controlar los trasplantes de órganos y que el requisito relativo a que el donante tenga una relación de parentesco o de concubinato con el receptor, no es indispensable para evitar el comercio de órganos.

Seguidamente se hicieron diversas consideraciones que llevaron a concluir que la fracción VI del artículo 333 de la Ley General de la Salud es inconstitucional, pues el legislador secundario, con el afán de evitar el comercio de órganos limitó la posibilidad de donación de órganos a quienes tengan una relación de parentesco o de concubinato con el receptor, lo que se opone a los principios que valen por la salud, la igualdad y la dignidad contenidos en los artículos 1º, 4º, 14º y 22º de la Constitución Federal en la medida en que restringir los trasplantes priva a la población de un medio tendiente a prolongar la vida y mejora la calidad de ésta, con lo que se afecta el interés general.

Este es un caso ilustrativo en el que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el ámbito de la competencia que le asignó el poder soberano, verificó la validez de una norma, a la luz de su relación con otras normas, entre las que se confrontaron principios constitucionales. El problema de justificación se presenta en el contexto de la validez de la premisa normativa. Los argumentos se plantearon a partir de la justificación de segundo nivel, pues la evaluación del artículo 333, fracción VI de la Ley General de Salud, con respecto al conflicto con los principios tutelados en los artículos 1º, 4º, 14 y 22 de la Constitución Federal, llevó a determinar que este precepto carece de validez por no ajustarse a los principios emanados de la Constitución

En cuanto a la interpretación constructiva, el tribunal procedió a realizar una extracción de principios contenidos en las normas fundamentales. Los principios de derecho a la vida, a la salud, a la dignidad y a la igualdad. Por otro lado, se confrontó una regla que prohíbe donaciones entre individuos que no tengan un parentesco consanguíneo, afín, civil o que se verificara entre cónyuges o

concubinos. De esta regla, se extrajo el principio orientado a evitar el comercio de órganos.

En la parte correspondiente al juicio valorativo secundario se delimitó la colisión de un grupo de principios constitucionales como el de derecho a la vida, a la salud, a la dignidad y a la igualdad, con respecto al principio encaminado a evitar el comercio de órganos.

Entre esta colisión se hizo una selección para definir la mejor interpretación, en la que cedió el principio encaminado a evitar el comercio de órganos frente a los principios constitucionales de mayor peso moral.

B) El observador:

En este caso, queda claro que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó una interpretación sobre la validez del artículo 333, fracción IV de la Ley General de Salud, que establece una restricción para la donación de órganos.

Los argumentos se orientaron a la concreción de principios, derivados de la interpretación sistemática de la Constitución, básicamente los de derecho a la vida, a la salud y la dignidad de la persona (arts. 1, 4, 14 y 22).

En el desarrollo de las consideraciones se plantea de manera implícita un juicio de proporcionalidad, pues el Tribunal procedió a evaluar la restricción impuesta para evitar el comercio de órganos. Con respecto a esta restricción precisó que no estaba justificada, porque en la propia Ley General de Salud, ya existían diversas medidas de control para evitar el comercio de órganos; esto quiere decir que el fin constitucional propuesto en la norma, relativo a evitar el tráfico de órganos, y el potencial peligro para la salud, no está justificado con el medio empleado, al restringir la posibilidad de que los donantes no sean familiares, pues esta limitante, no guarda proporción con ese fin, ya que hay otros medios que pueden evitar el comercio de órganos; y en cambio, dicha condición, limita el número de donantes altruistas que pueden mejorar o salvar la salud de los enfermos.

Habría sido deseable, que las consideraciones se fijaran de manera expresa a partir del diseño técnico del juicio de proporcionalidad:⁵²¹ a) que la distinción legislativa persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; b) que la distinción establecida resulte adecuada o racional, de manera que constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo perseguido, existiendo una relación de instrumentalidad medio-fin y, c) la distinción debe ser proporcional, es decir, no es válido alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional.

No obstante, hay que tener en cuenta que el precedente analizado, se emitió en el año 2003, en tanto que los nuevos precedentes, derivados del nuevo perfil neoconstitucional, ya incorporan el análisis técnico del juicio de proporcionalidad.

Por otra parte, la derogación de la norma, por la vía del amparo en revisión, es una vía que permite que el sistema jurídico cumpla con los principios de coherencia y consistencia; lo primero porque las normas deben cumplir con un fin racional, y en este caso, una norma que no guarda una relación de proporcionalidad, se convierte en una norma incoherente; además, esta incoherencia da lugar a que se presenten inconsistencias sistémicas, ya que su defecto originario, le impide convivir con otras normas y genera contradicciones, aunque esta contradicción debe evaluarse más como una tensión entre principios, más que una contradicción lógica, fundada en operadores modales Pp – Pp.

Con independencia de esa precisión técnica, se debe considerar que la conclusión a la que llegó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es previsible, pues las expectativas reconocidas en el sistema jurídico, en la elección de validez sobre la norma q, quedaron satisfechas, al encontrar una desproporción en una norma que a través de una restricción, limita desproporcionalmente la efectividad al derecho a la salud y los principios concurrentes.

C) El afectado:

⁵²¹ Véase juicio de proporcionalidad, nota 470, p. 290.

El afectado, es quien planteó el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación e indudablemente que desde la visión del afectado, la justificación empleada en esta resolución colma las expectativas reconocidas en la elección de validez sobre la norma q, pues podrá recibir una donación de órganos de personas que no necesariamente sean sus familiares y con ello, podrá recuperar su salud, y muy probablemente su vida.

2.2. Validez axiológica

I La jurisprudencia contra el valor axiológico de los derechos humanos.

La validez axiológica está vinculada a una variación en los sistemas éticos que pueden converger en una justificación.

A) El participante:

Los trabajadores al servicio del estado, una vez que deciden jubilarse y han cumplido con los requisitos fijados en la ley, ven mermados considerablemente los ingresos que percibían. Hay varias prestaciones que dejarán de recibir cuando se les fija el monto diario de su pensión; entre ellas, la ayuda de despensa.

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia ha emitido una jurisprudencia de carácter obligatorio, que debe ser aplicada por todas las autoridades, conforme al artículo 192 de la Ley de Amparo. Esta jurisprudencia dice lo siguiente:

AYUDA DE DESPENSA. NO DEBE CONSIDERARSE PARA EFECTOS DE LA CUANTIFICACIÓN DE LA PENSIÓN DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. Los artículos 15, 60 y 64 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, abrogada, establecen que la jubilación debe pagarse conforme al sueldo básico, el cual está compuesto solamente por los conceptos siguientes: a) salario presupuestal; b) sobresueldo; y c) compensación por servicios, excluyéndose cualquier otra prestación que el trabajador perciba con motivo de su trabajo. En ese sentido, la percepción de "ayuda de despensa", aun cuando se otorgue de manera regular y permanente a los trabajadores al servicio del Estado, no debe considerarse para efectos de la cuantificación de la pensión jubilatoria correspondiente, por no ser parte del sueldo presupuestal, el sobresueldo, o la compensación por servicios, sino una prestación convencional, cuyo fin es proporcionar al trabajador cierta cantidad en

dinero para cubrir los propios gastos de despensa y, por ende, es una percepción que no forma parte del sueldo básico.⁵²²

Las razones que dieron lugar a la jurisprudencia anterior, parten de una interpretación de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, abrogada, particularmente de su artículo 15 del que concluyen:

De este último precepto legal se infiere, en esencia, que las prestaciones derivadas de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, abrogada, se cuantificarán con el salario básico, el cual se integra, en exclusiva, con:

- a) Sueldo presupuestal.
- b) El sobresueldo.
- c) La compensación por servicios.

También, se citó como fundamento para resolver la contradicción, la jurisprudencia que sigue:

ISSSTE. PENSIÓN JUBILATORIA. PARA CUANTIFICAR LA CUOTA DIARIA DEBE ATENDERSE A LOS ARTÍCULOS 15 Y 57 DE LA LEY RELATIVA. El sistema de cuantificación de los montos de la pensión jubilatoria previsto en los citados preceptos responde a la necesidad jurídica de reglamentar dicha prestación contenida en el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por otra parte, el artículo 1o. de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado establece que la observancia de ésta es de orden público, de interés social y de aplicación obligatoria en toda la República. En consecuencia, aun cuando en una sentencia donde se haya establecido el derecho de un trabajador a recibir la pensión jubilatoria se ordene su cuantificación sin remitir expresamente a los mencionados artículos 15 y 57, éstos deben aplicarse por la ejecutora, pues aquella omisión no autoriza la actuación arbitraria.⁵²³

B) El observador:

⁵²² J/ 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXIX, Febrero de 2009 p. 433

⁵²³ [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXI, Febrero de 2005; p. 316

Hay muchos asuntos a los que les resulta aplicable la ley en cuestión, en los que los trabajadores jubilados insistentemente solicitan que se incluya en el pago de su pensión la ayuda de despensa; esto, principalmente por el hecho de que se trata de una prestación que habían recibido de manera regular y permanente y de que se debe integrar al sueldo básico.

Sin embargo, una vez que esos asuntos recorren todas las instancias correspondientes en sede administrativa, y como última alternativa arriban a la presentación de juicio de amparo directo, concluyen con una sentencia en la que se les niega la protección constitucional, precisamente por la aplicación de dicha jurisprudencia obligatoria. Incluso, el no atender esa jurisprudencia podría derivar en una responsabilidad administrativa.⁵²⁴

El problema anterior puede enfrentarse a partir del control de la convencionalidad de la jurisprudencia, con motivo de la reforma constitucional al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este control, fundado en los principios de inclusión, rendición de cuentas y justiciabilidad.⁵²⁵

El artículo XVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos, señala que toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja, entre otras, de las consecuencias de la vejez.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 9 reitera que toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez; el diverso artículo 12 del mismo ordenamiento tutela el derecho a la alimentación, al precisar que toda persona

⁵²⁴ 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XII, Agosto de 2000p. 364. En esta tesis que, no constituye jurisprudencia, se explica que la no observancia de la jurisprudencia puede ser causa de responsabilidad.

⁵²⁵ Sánchez Moreno, Manuel, *Enfoque de derechos humanos en el desarrollo. Aspectos teóricos y metodológicos*, en Revista de Fomento Social enero-marzo 2011, número 261, volumen 66, Sobre estos principios, el autor explica: *Los Estados y otros titulares de deberes deben responder por el cumplimiento de derechos humanos. En este sentido tienen que cumplir con las normas legales y estándares contenidos en los instrumentos de derechos humanos. En caso de no cumplir con sus deberes, los titulares de derechos agraviados están facultados para iniciar procesos judiciales para la reparación apropiada de daños ante un tribunal o juzgado...* p. 55. Hay que tener presente además, que hay responsabilidad internacional por el incumplimiento de los compromisos asumidos al suscribir tratados, conforme a los artículos 26 y 27.1 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.

tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.

El artículo 9 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, establece la obligación para los estados partes de reconocer el derecho de toda persona a la seguridad social; el mismo pacto, en el artículo 12, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

El convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por México el doce de octubre de 1961, en la parte V, (obligatoria), prestaciones de vejez, en su artículo 26.1 señala que la contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita.

Todas las normas precedentes,⁵²⁶ aplicables en el contexto de las convenciones internacionales, salvaguardan el derecho a la seguridad social, en los casos de vejez, y el bien que se busca proteger es precisamente, el de preservar la supervivencia más allá de la edad fijada para obtener una pensión de esa naturaleza, lo que implica garantizar un nivel óptimo de alimentación y nutrición que le permita al pensionado, gozar de buena salud no sólo física, sino mental.

En este sentido, el punto no es decidir si la ayuda de despensa debe formar parte del sueldo básico o no, este planteamiento descansa en una simple apreciación dogmática que descuida la naturaleza de la prestación. Una ayuda de despensa, no puede ser suprimida de una pensión jubilatoria porque precisamente esta ayuda propicia asegurar una buena nutrición a quienes se hacen acreedores de una pensión por vejez.

Por tanto, se debe inaplicar la jurisprudencia en cuestión, dado que no hacerlo implicaría descuidar el contenido sustancial del derecho que se busca proteger con una ayuda de despensa, que es precisamente el de preservar la

⁵²⁶ Se puede mencionar el caso Cinco Pensionistas Vs. Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que se resolvió precisamente que una norma era inconvencional y se condenó a pagar correctamente las pensiones. http://www.corteidh.or.cr/bus_temas_result.cfm?buscarPorPalabras=Buscar&pv%5FPalabras=pension%20vej ez&pv%5FTemas=CASOS&pv%5FTipoDeArchivo=doc (consultado 1º de mayo de 2012)

supervivencia del jubilado, mediante una alimentación nutritiva, que le brinde una buena salud.

No se desconoce que los parámetros para fijar la pensión, deben concretarse según los artículos 15, 60 y 64 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (abrogada), al sueldo básico, pero ello no impide que por la vía del reconocimiento de los derechos humanos que se puedan incorporar prestaciones que colman una pretensión sustancial en el goce de una alimentación nutritiva, para pensionados, pues el estado se ve obligado a garantizar tales derechos, conforme al artículo 1, párrafo tercero de la Constitución Mexicana.

Por otro lado, con respecto a la jurisprudencia que se invocó como apoyo de la decisión, señala que los montos de la pensión jubilatoria consignados en los artículos analizados, cumplen con la función de reglamentar esa prestación social, conforme al artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso a) de la Constitución.

Sin embargo, esta justificación que al parecer, busca introducir un juicio de proporcionalidad, que deje a salvo la restricción fijada por el medio que limita el goce de la pensión a los conceptos de sueldo; sobresueldo y compensación por servicios, con tal de que se pueda satisfacer ese derecho de carácter social, lo cierto no está justificada de manera expresa lo que implicaría una falla en la justificación interna, ya que la conclusión no se podría hacer derivar de sus premisas.

No obstante, pese a la falta de argumentos en ese sentido, si ese fuera el sentido que se le debe asignar a esa consideración, sería preciso evaluar a partir de un juicio de proporcionalidad, si la exclusión de la ayuda de despensa, cumple con el fin de dejar a salvo la efectividad del derecho social.

La distancia de contenidos, derivada de la interpretación que se hizo en la jurisprudencia de la ley de seguridad social en cuestión, con respecto al contenido axiológico de los derechos humanos, pone en evidencia una tensión entre los principios involucrados, por un lado, la necesidad de atender la prestación de un servicio social y darle efectividad a partir de la restricción de prestaciones; y por otra, dejar a salvo la dignidad de la persona.

Por lo señalado, se llegaría a la conclusión de que la justificación expuesta por el participante, no colma las expectativas fijadas en el reconocimiento de los derechos fijados por el sistema jurídico, ya que este plantea la posibilidad de acudir a un sistema subsidiario, cuando en este se encuentre una protección de mayor alcance para la persona y teniendo en cuenta que los derechos humanos, cumplen un fin axiológico, en donde se resalta la dignidad de la persona, en este caso, desde la interdependencia que guardan los principios emanados del derecho a gozar de buena salud y a contar con una buena nutrición, de todo ello, se debe concluir que la justificación se aleja de tales expectativas, y en esa medida y considerando el vicio en la justificación interna, la decisión en su conjunto es arbitraria.

C) El afectado:

El afectado, sin lugar a dudas, verá frustrada la expectativa de contar con un ingreso adicional para gozar de buena salud; la prestación que regularmente venía recibiendo por concepto de despensa, le será suprimida porque no corresponde a los conceptos de sueldo; sobresueldo o compensación por servicios; en realidad el participante aplicó una regla de subsunción al caso concreto, sin profundizar en las obligaciones que derivan del sistema subsidiario, como el hecho de proteger y garantizar sus derechos humanos a la salud y a una buena nutrición, por lo que con la disminución a sus ingresos, deberá resolver la satisfacción de sus necesidades, lo que claramente es un atentado hacia su dignidad y por tanto, la decisión adoptada en la jurisprudencia es arbitraria.

3. Justificación externa sobre interpretación

I. La resolución 1441 del Consejo de Seguridad de la ONU

Por otra parte, los problemas relacionados con el significado de la norma, se pueden presentar casos en los que el texto legal requiera una interpretación derivada de la ambigüedad o vaguedad del lenguaje

A) El participante:

Byers, comenta sobre el problema de la ambigüedad derivada de la resolución 1441, adoptada el 8 de noviembre del año 2002, por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en la que se señalan como lamentables las infracciones cometidas por Iraq a resoluciones anteriores de las Naciones Unidas. En el párrafo trece de esa resolución se precisaba que Iraq enfrentaría serias consecuencias como resultado de sus repetidas violaciones a sus obligaciones. Algunos países como Estados Unidos y el Reino Unido consideraron que esa resolución 1441 autorizaba una invasión; mientras que Francia y Rusia consideraron que no. Los miembros del Consejo de Seguridad, reconocieron que había una interpretación distinta derivada de la ambigüedad de la resolución 1441, que ambas interpretaciones eran correctas, sin señalar nada sobre sus consecuencias.⁵²⁷

B)El observador:

Es sorprendente que un problema de vaguedad en el lenguaje pueda llevar a desatar la invasión a un país entero. Con total independencia del incumplimiento generalizado a las recomendaciones de las Naciones Unidas el punto central de la crítica se endereza a las razones, que mal entendidas, dieron paso a un enfrentamiento armado. Parece inocente decir que tuvieron razón los que interpretaron la resolución de la ONU, como una justificación para invadir esa nación, como los que no lo creyeron así, pero las pérdidas humanas, transforman esa equivocación, en una terrible arbitrariedad.

C)El afectado:

En este caso los afectados, en un estimado de *just foreing policy* son 1,445,590 personas las que perdieron la vida. Supuestamente el incumplimiento a

⁵²⁷ Vogel, Carl. *Law matters, syntax matters and semantics matters in Formal Linguistics and Law*. Günter Grewendorf, *et al.*, ed. Mouton de Gruyter, Berlin, New York, 2009, En este sentido, de alguna forma la ambigüedad en la construcción del texto permite que todos los interesados, al mismo tiempo, sientan que sus intereses se encuentran protegidos, tal vez con la esperanza de que esa ambigüedad no sea puesta a prueba. [trad. MMM], p. 34.

las resoluciones de la ONU, se debió a la fabricación de armas de destrucción masiva, que lamentablemente, nunca fueron encontradas.⁵²⁸

Esta arbitrariedad, es evidente por el sentido común, un error de ambigüedad no podría tener las consecuencias, que irremediablemente se presentaron en pleno siglo XXI.

4. Justificación externa sobre las consecuencias

I El artículo 86 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla

A) El participante:

Las consecuencias de la norma también pueden presentar problemas de justificación, esto sucede, cuando se infringe el principio de proporcionalidad en el momento de fijar las penas.

El chofer de un autotransporte público es condenado por el delito de homicidio a seis años de prisión, en términos del artículo 86 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla.

En su concepto de violación alega que se viola en su perjuicio el principio de proporcionalidad, emanado del artículo 22 de la Constitución, y pide amparo contra la norma mencionada.

El artículo 86 del Código de Defensa Social, se reformó en el año 2005, para imponer penas más severas a los conductores de vehículos del servicio público.⁵²⁹

Por tanto, existen dos normas para el evento de que se cometa un homicidio culposo, según sea un conductor del servicio público o no. La regla general del delito culposo está prevista en el artículo 83 de ese mismo ordenamiento. Estos artículos dicen textualmente lo siguiente:

Artículo 83.- Los delitos culposos se sancionarán con prisión de tres días a cinco años y suspensión hasta de dos años del derecho de ejercer la profesión o el oficio, en cuyo ejercicio se hubiera cometido el delito” **(Norma genérica).**

⁵²⁸ <http://www.justforeignpolicy.org/iraq>

⁵²⁹ Se puede consultar en:

(http://www.google.com.mx/search?sourceid=navclient&aq=0&oq=codigo+de+defensa+social+&hl=es&ie=UTF-8&rlz=1T4RNTN_esMX360MX360&q=codigo+de+defensa+social+del+estado+de+puebla)

Artículo 86.- Cuando se cause homicidio por actos u omisiones culposos de quien realiza un servicio público de transporte, la sanción será de seis a quince años de prisión e inhabilitación de dos a diez años para transportar pasajeros, aún si lo hiciere en forma ocasional. **(Norma especial).**

De la comparación del texto de las normas anteriores, queda claro que una norma es más severa que la otra, pues el mismo hecho delictuoso, se castiga con una pena de seis a quince años de prisión para los que realicen un servicio público de transporte; en cambio, la misma sanción para quien no realiza esa actividad, se ubica en un rango de tres días a cinco años.

No obstante, el Tribunal Colegiado, consideró que existía una correcta proporcionalidad en las penas, porque en el caso del transporte público, era preciso salvaguardar bienes jurídicos relevantes como la vida de las personas, frente a la alta incidencia de accidentes de esta naturaleza, como lo dejó aclarado en el texto de la tesis siguiente:

HOMICIDIO CULPOSO. LA DISPARIDAD ENTRE LAS PENAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA PARA QUIEN COMETA DICHO DELITO CON MOTIVO DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE Y LAS ESTABLECIDAS EN EL NUMERAL 83 DEL MISMO ORDENAMIENTO, EN GENERAL, PARA LOS ILÍCITOS CULPOSOS, NO ROMPE CON LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL Y DE PROPORCIONALIDAD. Mientras que para los delitos culposos, en general, el artículo 83 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla prevé una pena de tres días a cinco años de prisión y suspensión hasta de dos años del derecho de ejercer la profesión o el oficio, en cuyo ejercicio se hubiera cometido el delito, el diverso 86 del mismo ordenamiento contempla para quien realiza un servicio público de transporte y causa homicidio culposo, una sanción privativa de la libertad de seis a quince años e inhabilitación de dos a diez años para transportar pasajeros, aun si lo hiciere en forma ocasional. Ahora bien, dicha disparidad de penas no rompe con los principios de exacta aplicación de la ley en materia penal y de proporcionalidad, atento a que, además de que el último numeral está redactado de manera clara, precisa y exacta, al prever la pena y describir la conducta que señala como típica, también guarda relación razonable con el fin que procura alcanzar, pues la política pública adoptada por el legislador se encaminó a proteger uno de los bienes de más alta jerarquía como es la vida, y tiene sustento en la encomienda de detener

un problema de índole social, como lo es la alta incidencia de hechos de tránsito cometidos por choferes del servicio de transporte público con resultados funestos; de ahí que la penalidad prevista se encuentre justificada.⁵³⁰

B)El observador.

Como se puede apreciar la diferencia que existe entre un caso y otro es notoria, en un homicidio culposo en el que el sujeto activo tenga la calidad de conductor de un servicio público, tendrá una pena mínima de seis años de prisión; en cambio, para alguien que no tenga esa calidad, podría darse el supuesto de que la pena mínima sea de sólo tres días de prisión.

Es cierto que el legislador claramente pretendió sancionar de modo más grave una misma conducta cuando se comete en el ejercicio del servicio público, pero ¿será proporcional fijar una pena de seis años para satisfacer ese fin?

Para responder esta pregunta hay que partir del análisis del juicio de proporcionalidad, aplicable a la materia penal.

PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. De la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República; de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional -la legislación penal no está constitucionalmente exenta-, pues la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto irrestricto al

⁵³⁰ 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Septiembre de 2011; p. 2129

indicado principio constitucional.⁵³¹

Son entendibles las razones que llevaron al legislador a fijar una sanción mayor a estas conductas culposas, que se comenten en el transporte público; según lo explicó el Tribunal Colegiado, sin embargo, la consecuencia de considerar proporcional a esas pena, acarrea otras limitantes para el sentenciado, ya que no podrá obtener la conmutación de la pena, debido a que el artículo 100 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, establece como requisito que la pena no sea mayor a dos años de prisión, lo que significa que realmente el fin legítimo propuesto por el legislador, puede no estar justificado con los medios que eligió, pues el derecho penal se debe considerar como la última razón, y no es correcto que si existen otras alternativas para prevenir los accidentes del transporte público, se pretenda solucionar con la acción penal del estado este problema social, pues es verdad que la vida de los pasajeros y de los peatones es un bien de los de mayor relevancia, pero aun siendo el sentenciado un chofer de un transporte público, no está a salvo de que por más cuidado que ponga para respetar el deber que le exige su trabajo, sobrevenga alguna incidencia y, no necesariamente atribuible a su descuido.

Tampoco sería correcto hacer una generalización apresurada, para aseverar que todos los choferes son descuidados e imprudentes, que es un problema social patente y notorio, ya que primero habría que agotar todas las alternativas posibles previas a la prisión y en esto hay responsabilidad en los gobiernos, ya que las políticas administrativas del transporte público, son propensas a que ocurran estos sucesos, pues normalmente no se cuentan con un control de las rutas, un buen sueldo a los choferes, horarios adecuados, sanciones administrativas, supervisión permanente, etc.

Al parecer la norma no guarda proporción entre los medios y los fines, y tendría que considerarse arbitraria la decisión del Tribunal Colegiado.

C) El afectado:

⁵³¹ 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1; p. 503

Es natural asumir que el sentenciado en este caso, es quien con mayor intensidad percibe la arbitrariedad de la norma, pues su falta de proporción le coartará su libertad, en por lo menos cinco años; y claro, no se compensa el grado de su imprudencia con la sanción que se le imponga, pues aun siendo mínima, tendrá que cumplir necesariamente, esta sanción.

5. Notas sobre los problemas de evidencia, para el derecho penal acusatorio

El 18 de junio del año 2008 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, una serie de reformas constitucionales que hicieron profundas transformaciones en el sistema penal Mexicano; estas reformas plantean problemas de interpretación y problemas sobre la evidencia.

De manera enunciativa y en una apreciación general, se advierte que en los artículos 16, 17, 18 y 22 de la Constitución Federal se incorporaron distintas modificaciones: se disminuyen los requisitos para librar una orden de aprehensión; se delimita el concepto de flagrancia; se regula el arraigo para los delitos de delincuencia organizada; se reducen los requisitos para los cateos; se fija el alcance probatorio de las comunicaciones privadas; se establece la existencia de jueces de control; se incorporan mecanismos alternos para la solución de controversias; se destaca la necesidad de explicar el alcance de las sentencias en procedimientos orales; se incluye el servicio público de defensoría de carrera; se introducen cambios de términos como: pena corporal por pena privativa; readaptación por reinserción; se contempla la creación de centros especiales de reclusión y medidas de seguridad para delincuencia organizada; se establece de manera expresa el principio de proporcionalidad de la pena y la figura de extinción del dominio.

Según las disposiciones transitorias, el sistema acusatorio previsto en los artículos 16, párrafo segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Ley Suprema, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años a partir de la publicación de la reforma.

Con motivo de las reformas, el ejercicio de la acción penal debe ir acompañado de nuevos planteamientos pues para librar una orden de aprehensión o incluso para decretar un auto de vinculación a proceso, ya no se exige como lo señalaban los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, que se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Ahora es necesario que se compruebe un hecho que la ley señale como delito y que sea probable que el indiciado lo cometió, o participó en su comisión.

El artículo 16 Constitucional, en lo que aquí interesa dice:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

B) El observador:

Llama la atención el concepto “hecho que la ley señale como delito”. En las iniciativas de las cámaras del Congreso se expuso que la idea de esta variación era disminuir los requisitos que se habían fijado con el concepto de cuerpo del delito para emitir una orden de aprehensión, que a su vez fue introducido para disminuir la exigencia probatoria de los elementos del tipo penal.⁵³²

Sin embargo, de la simple lectura del texto no queda claro cómo se debe entender el concepto de **hecho que la ley señale como delito**.

Este hecho que la ley señale como delito puede referirse al cuerpo del delito o al concepto elementos del tipo. Como quiera que sea, este aspecto habrá de ser aclarado en la legislación secundaria y en su caso, podrá ser motivo de interpretación por los criterios de los tribunales.

El argumento que necesariamente se tiene que plantear para justificar la comprobación de un hecho, se reduce a los siguientes enunciados:

⁵³² Op. Cit. García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008)*. En los documentos de la Reforma, anexo del texto aparece la conclusión de las Comisiones Unidas Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados en la que se señaló: *Por lo anterior, estas comisiones dictaminadoras consideramos procedente atemperar el actual cúmulo probatorio que el juez debe recibir del ministerio público para expedir una orden de aprehensión, de manera que los datos aportados establezcan la existencia del hecho previsto en la ley penal y la probable participación (en amplio sentido) del imputado en el hecho y no ya la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, que exige valorar las pruebas aportadas desde el inicio del proceso y no en el juicio, que es donde corresponde*, p. 262.

El hecho P, ocurrió en el lugar Z y en el tiempo X, de acuerdo a las pruebas 1, 2, 3...necesarias para demostrar Z y X, según los criterios de valoración a, b y c que han sido aceptados.

Al margen de que no quede claro qué debe entenderse por la demostración de un hecho, es decir, si esa referencia está vinculada a la noción cuerpo del delito o al de elementos del tipo, el problema adicional sería el de fijar cuales tendrán que ser los criterios de valoración del hecho P, que se menciona en la fórmula anterior.

Si atendemos a la expresión de un hecho que la ley señale como delito, advertimos que por lo menos reduce el universo de acontecimientos, porque sólo serán considerados aquellos que específicamente sean señalados como delito por la ley. Sin embargo, un hecho señalado como delito, podría referirse, según se indicó, a los elementos del tipo penal que describe la conducta ilícita; o bien, se podría referir exclusivamente, a los aspectos objetivos y, en su caso, a los normativos si la descripción legal así lo exige, esto conforme a la noción del cuerpo del delito.

Con respecto a este tema, Enrique Díaz Aranda, es de la opinión de que se debe distinguir entre un hecho y el sujeto. Al derecho le puede interesar la comprobación de un hecho determinado, pero lo relativo a que el hecho sea atribuible a un sujeto es una cuestión distinta. En este sentido, el hecho descrito como delito, contiene una referencia a los mismos apartados que mencionaba el concepto de cuerpo del delito, pues se concretan a los elementos objetivos y normativos, cuando el tipo los incluya, esto con total independencia de que un individuo pueda ser el ente de imputación de tales hechos, pues esto en todo caso, corresponderá al tema de la participación.⁵³³

⁵³³ Díaz Aranda, Enrique. *Proceso Penal Acusatorio y Teoría del Delito*, ed. STRAF, México, 2008.

El autor sostiene: "El planteamiento aquí propuesto requiere de una delimitación más detallada del cuerpo del delito, pues si este es un hecho relevante para el Derecho penal, ello nos podría volver a confundir con todos los elementos que contempla el tipo penal, pero debemos recordar que una cosa es el hecho y otra el autor, ambos descritos en el tipo, así el tipo puede hacer una descripción objetiva, normativa y subjetiva, pero sólo las primeras dos descripciones se pueden aplicar al hecho en sí mismo ¡jamás las últimas! porque ellas, además de las objetivas y normativas, corresponden exclusivamente al autor. Por ello, el cuerpo del delito se restringe a probar o acreditar, conforme a las reglas procesales, la existencia del hecho relevante para el derecho penal conforme a los elementos objetivos del tipo penal y, cuando así se requiera, los normativos", p. 550.

De ahí que para plantear la acción penal, y solicitar una medida precautoria, como una orden de aprehensión o un auto de vinculación a proceso, según la apreciación del jurista mencionado, persiste la obligación de tener por demostrados los elementos objetivos y normativos del delito.

No obstante, se debe tener en cuenta que de los antecedentes relacionados con la reforma constitucional, aparece que el diseño del sistema acusatorio, se enfocó a reducir importancia al nivel probatorio exigido para las ordenes de aprehensión, pues se consideró que serían suficientes datos que hicieran razonable que se cometió un hecho delictuoso y que el indiciado probablemente participó en su comisión; esto, sobre la base de que la prisión preventiva, se dictaría sólo de manera excepcional, pues los jueces de control contarían con una diversidad de medidas precautorias, como la garantía, las órdenes para no salir del país, someterse a un tratamiento, a la vigilancia de alguna persona, la prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, entre otras.⁵³⁴

En tal virtud, podría considerarse que el Ministerio Público se limitará a llevar una carpeta, en la que previamente al juicio oral solicitará al juez de control que libre una orden de aprehensión a partir de la simple enunciación de datos que hagan razonable, por un lado, que se cometió un hecho previsto en la ley como delito, y por otro, que es probable que el indiciado haya participado en su comisión, sin prueba plena sobre los componentes del cuerpo del delito.

Esta apreciación sería congruente con el artículo 20 Constitucional, apartado B, fracción VI, en donde se indica que en la fase de averiguación previa, sólo se considerarán registros de la investigación y estos quedarán accesibles para el imputado si se le tomará su declaración.

Además, en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal quedó expresamente señalado que el proceso penal tiene como finalidad el

⁵³⁴ En este sentido el dictamen de las Comisiones Unidas del Senado de la República de 13 de diciembre de 2007, señala: “Al respecto, estas comisiones unidas coinciden con la propuesta referida, toda vez que se considera procedente mitigar el cúmulo probatorio actual que debe recibir del Ministerio Público para expedir una orden de aprehensión, de manera que los datos aportados establezcan la existencia del hecho previsto en la ley y la probable participación (en sentido amplio) del imputado en el hecho, y no ya la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, que exige valorar las pruebas aportadas desde el inicio del proceso y no en el juicio que es donde corresponde”. Este documento aparece en el texto de García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008)*. Op.Cit. p. 324.

esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

Por otra parte, de acuerdo con la fracción II del mismo artículo, para el dictado de la sentencia, sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.

También, no hay que perder de vista que en el proceso se tendrán que aportar todos los medios probatorios necesarios para acreditar al final, el tipo penal, pues en el artículo 20, fracción V, persiste la idea de la comprobación de los elementos del tipo penal, para el dictado de las sentencias, pues dicha fracción, precisa en la parte que se subraya:

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

Por consiguiente, se arriba a la idea de que durante la averiguación previa, será suficiente la mera recopilación de datos, sobre los que con posterioridad, se abrirá el debate para su análisis y valoración pero en el proceso; por consiguiente, aquellos datos deberán de encaminarse a preparar las bases para la comprobación del tipo penal en la sentencia.

En cuanto al valor probatorio que se menciona, de carácter indiciario, de los registros que conformen la averiguación previa, debe añadirse que tanto para las órdenes de aprehensión como para los autos de vinculación a proceso, se requiere de la intervención de los jueces de control.

Al efecto, el artículo 16 Constitucional, reformado, en lo conducente, dispone:

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Los jueces de control serán quienes tendrán la responsabilidad de resolver de forma inmediata las solicitudes de medidas cautelares, providencias

precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran de control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos.

En esta tesitura, el ejercicio de la acción penal para los supuestos de las órdenes de aprehensión y autos de vinculación a proceso, quedan sujetos a normas especiales en cuyo manejo participarán los jueces de control. Esto quiere decir que aun cuando a la parte acusadora le corresponderá probar la culpabilidad para obtener una sentencia de condena, las pruebas que se tengan que desahogar antes del proceso no se rigen por las mismas normas que las que serán valoradas para la sentencia, pues en esta sólo se pueden tener en cuenta las desahogadas en el proceso.

Conforme a lo dicho, en el momento de decretar una providencia precautoria o una medida de aseguramiento por un juez de control, este habrá de dirigir aquellas técnicas de investigación necesarias para garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas, lo que quiere decir que habrán de cerciorarse de que existen suficientes elementos para tener por probados los hechos señalados en la ley como delito, y habrán igualmente de asegurarse de que es probable la participación del imputado en la comisión del hecho delictuoso.

En este sentido, la reforma releva al Ministerio Público de la obligación de aportar pruebas **plenas** para que se demuestre un hecho señalado en la ley como delito y con ello se esté en posibilidad de emitir una orden de aprehensión o un auto de vinculación a proceso. Sin embargo, si en dicha etapa las pruebas anunciadas en los registros que se presentan al juez, son insuficientes para ello, será muy factible que al final de éste, se emita una sentencia absolutoria.⁵³⁵

⁵³⁵ Op.Cit. García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional*, En el texto se incluyen los documentos de la reforma. En las consideraciones del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, en la parte relativa al artículo 16 Constitucional, se señala lo que sigue: “Es así que se estiman adecuadas las propuestas legislativas de racionalizar la actual exigencia probatoria que debe reunir el ministerio público para plantear los hechos ante el juez y solicitar una orden de aprehensión, a un nivel internacionalmente aceptado, de manera que baste que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo, sea como autor o como partícipe, para el libramiento de la citada orden; elementos que resultan suficientes para justificar racionalmente que el inculpado sea presentado ante el juez de la causa, a fin de conocer formalmente la imputación de un hecho previsto como delito con pena privativa de la libertad por la ley penal, y pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa en un proceso penal respetuoso de todos los principios del sistema acusatorio, como el que se propone.- El nivel probatorio planteado es aceptado, porque en el contexto de un sistema procesal acusatorio, el cual se caracteriza

Esto nos lleva a considerar que con la intervención de los jueces de control en la fase de averiguación previa, si bien será necesario contar con indicios para decretar una orden de aprehensión o un auto de vinculación a proceso, estos deberán tener algún margen de éxito en el proceso, pues el juez de control, debe garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas, cuando sea necesario emplear técnicas de investigación sujetas a control judicial y en un momento dado, si no se dan las instrucciones debidas para conformar esos registros, tal deficiencia será también imputable a la autoridad judicial.

En la legislación procesal penal del Estado de Chihuahua ha quedado señalado en los mismos términos el papel del Ministerio Público en la fase de investigación; quedará subordinado a las instrucciones del juez de control, cuando sea preciso éste, como se indica en la parte subrayada:

Artículo 106. Funciones del Ministerio Público.

El Ministerio Público ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley y practicará u ordenará todos los actos de investigación necesarios para descubrir la verdad sobre los hechos materia de la denuncia o querrela.

Dirigirá la investigación bajo control jurisdiccional en los actos que así lo requieran, conforme a la ley. En el cumplimiento de sus funciones, el Ministerio Público vigilará que la policía cumpla con los requisitos de la legalidad de los actos de investigación que lleva a cabo.

En mérito de lo señalado, el Ministerio Público tendrá el apoyo técnico de los jueces de control en el momento en que ejerza la acción penal, pues queda claro que dichos jueces tendrán que participar en todos los casos a fin de garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas, en lo que ve a los primeros para que se respeten los postulados de tener por probado el hecho previsto en la ley como delito y por otro, las pruebas indispensables que hagan probable la participación del inculpaado en la comisión de ese hecho.

internacionalmente porque sólo la investigación inicial y básica se realiza en lo que conocemos como la averiguación previa, y no toda una instrucción administrativa como sucede en los sistemas inquisitivos, pues es en el juicio donde, con igualdad de las partes, se desahogan los elementos probatorios recabados por las partes con antelación y cobran valor probatorio correspondiente, y no ya en la fase preliminar de investigación, como sucede en nuestro actual sistema. Por tal razón, en el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura, en razón de que el ministerio público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido, ya que en ese caso, no se colmaría el objetivo de reducir la formalidad de la averiguación previa y fortalecer la relevancia del proceso penal y particularmente el juicio”, pp. 262 y 263.

En el curso de una investigación de delitos de delincuencia organizada, habrá una cantidad considerable de diligencias que tendrán que quedar sujetas a control jurisdiccional como los arraigos, las órdenes de cateo, la intervención de comunicaciones privadas y en estos supuestos, el juez será quien obligadamente habrá de ejercer control sobre las diligencias de investigación.

En tal virtud, según lo señalado, en las fases preliminares al juicio oral, las pruebas exigidas para las medidas de aseguramiento, como las ordenes de aprehensión o los autos de vinculación a proceso, no requieren de pruebas plenas, sólo de indicios encaminados a señalar que se cometió un hecho descrito en la ley como delito y que probablemente participó el indiciado en su comisión, conforme a la noción de tipo penal. Aquí el nivel probatorio exigido puede ser simplemente el de la prueba indiciaria como lo explica la jurisprudencia por contradicción 23/97 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo V del mes de Junio de 1997, en la página 224, que es del tenor literal siguiente:

PRUEBA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL.
En materia penal, el indicio atañe al mundo de lo fáctico, porque es un hecho acreditado que sirve de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido; es decir, existen sucesos que no se pueden demostrar de manera directa por conducto de los medios de prueba regulares como la confesión, testimonio o inspección, sino sólo a través del esfuerzo de razonar silogísticamente, que parte de datos aislados, que se enlazan entre sí, en la mente, para llegar a una conclusión.

Según lo indicado, un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión deberá considerarse de manera que existan indicios en los registros que se integren en la averiguación previa por el Ministerio Público, bajo la dirección del juez de control, que acrediten los aspectos objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal y que el imputado tuvo participación sin alguna causa de justificación de inimputabilidad o que excluya al tipo penal.

La reforma de junio del año 2008, generará una profunda transformación en el sistema penal, y los problemas sobre justificación de la prueba tendrán que

resolverse de modo distinto, en la fase preliminar, en la previa y en la de la acusación.

En cuanto a las normas de valoración, el artículo 20 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua dispone que las pruebas sean valoradas por los jueces según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Por su parte el artículo 333 del mismo ordenamiento precisa:

Artículo 333. Valoración de la prueba.

Los Tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

El Tribunal deberá hacerse cargo en su motivación de toda la prueba producida, considerando en su caso, los elementos de prueba, que por cualquier medio fueron desahogados durante la audiencia de debate de juicio oral. [Párrafo reformado mediante Decreto No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010]

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

No se podría llegar a la conclusión de que el trabajo del legislador derivará en arbitrariedades en el momento en que se implemente de manera definitiva el sistema penal acusatorio, pero es evidente que la descripción de este sistema, transformará la sistematización tradicional sobre la valoración de las pruebas y probablemente en estos espacios, se pueda presentar alguna incoherencia o inconsistencia con el sistema jurídico o con su sistema subsidiario; en este último caso, por lo pronto, el arraigo ha sido cuestionado desde el enfoque del derecho internacional, ya que se contrapone al principio de presunción de inocencia y a salvaguardar la libertad personal.

7. Resumen

Este capítulo lleva a concretar los problemas sobre la justificación externa a casos específicos, que de alguna forma se incorporen al modelo de decisión judicial, propuesto por Jerzy Wróblewsky. En este modelo, se propone una

categorización de problemas que pueden ser: problemas de validez, o de interpretación, ambos vinculados con las normas; problemas de evidencia, relacionados con la prueba de los hechos, subsunción de las normas a los hechos y en algunos casos decisiones sobre las consecuencias jurídicas. Se proporcionan algunos casos, en los que se desarrolla un problema de justificación externa, para ilustrar los supuestos de validez sistémica; axiológica; interpretación de la norma; justificación externa sobre las consecuencias jurídicas y; se hace un apunte sobre los problemas de evidencia que sobrevendrán con el sistema acusatorio. Entre estos ejemplos, se presentan: el relativo al control de las reformas constitucionales, desde la perspectiva de la reforma sobre derechos humanos y se propone un sistema que acople al control convencional con la Constitución, en función de su jerarquía; también se analiza el artículo 333, fracción Vi de la Ley General de Salud; un tema sobre derechos humanos de carácter social; se refiere la resolución 1441 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; y se plantea otro caso sobre las consecuencias jurídicas, en relación al delito de homicidio, señalado en el artículo 86 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla.

CONCLUSIONES

| RAZÓN | ARBITRARIEDAD |
|---|--|
| <p>1. El caso F se ajusta a la razón, porque es previsible, necesariamente,⁵³⁶ para A y O, que P seleccionara la norma q, que corresponde a V de S, para los hechos H, pues las consecuencias de aplicar la norma q a H, corresponden a las expectativas reconocidas en V de S, para P, A y O.</p> | <p>1. Un caso F sería arbitrario cuando P no aplique la norma q, de V de S, a H, pues las consecuencias frustrarían las expectativas previsibles de A y O, reconocidas en la aplicación de la norma q de V de S para H.</p> <p>También sería arbitrario, que P no tuviera por probado H, pues no podría aplicar la norma q de V y con ello, frustraría las expectativas previsibles de A y O, reconocidas en la aplicación de la norma q de V de S para H.</p> |
| <p>2. La decisión D es racional porque es previsible que P argumentara a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema DV de S o S1, o el problema DH, conforme a los criterios de interpretación de V de S o S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV o DH, es próxima a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.</p> | <p>2. La decisión D es arbitraria porque era imprevisible que P argumentara a favor de la selección de la norma q, al resolver el problema DV de S o S1, o el problema DH, conforme a los criterios de interpretación de V de S o S1, pues la argumentación empleada para justificar la solución DV o DH, es lejana a las expectativas previsibles de las consecuencias fijadas por P, en la visión del afectado A y del observador O, reconocidas en V de S o S1.</p> |
| <p>3. El sentido común es una abstracción empírica de representaciones intersubjetivas con la que podemos proyectar una posición intermedia entre el yo y el otro, que nos hace posible comprender al otro. El saludo maya, (<i>In lak'ech-halan ken</i>) yo soy otro tú- tú eres otro yo, expresa esta misma idea. El sentido común se acompaña de sentimientos que nos permiten encontrar una misma razón en la dignidad intersubjetiva, un reflejo propio en el otro; a la vez, el sentido común reprueba, rechaza y se indigna frente a la injusticia y la arbitrariedad.</p> | <p>3. La pérdida del sentido común ha ocasionado arbitrariedades en distintas épocas: la ordalía; ritos religiosos absurdos; leyes arbitrarias (regular el periodo de gestación pedir a los muertos que hagan reverencias a una estatua); desigualdades sociales en las ciudades del Valle de México del año 1200 d.C. (<i>pipiltlin-macehualtin</i>); castigos inhumanos (tormentos que rompían huesos o desmembraban extremidades); esclavismo y tratos crueles en Nueva York (1700) o la violación de la niña Paulina (1999) en Baja California, a quien no permitieron interrumpir su embarazo, a pesar de que la ley lo permitía.</p> |

⁵³⁶ En la justificación interna, que corresponde a los casos fáciles, la previsibilidad es necesaria, pues supone la ausencia de problemas en la interpretación de las normas y en la valoración de los hechos.

| | |
|--|---|
| <p>4. La geopolítica de las emociones es un ejemplo de que los países, como las personas, experimentan emociones y las procesan como sentimientos, que dan paso a una reacción y orienta a las decisiones, que en algunos casos, pueden considerarse razonables como en la India, China y Japón, en donde los altos niveles de desarrollo, generan sentimientos de confianza, esperanza y solidaridad.</p> | <p>4. En Estados Unidos y Europa, las guerras, el terrorismo y/o el cambio climático, han generado miedo, como emoción dominante, por ello las decisiones que han guiado al rumbo de ese país, se enfocan en ese sentimiento. En los países árabes-islámicos, la humillación ha debilitado la esperanza, deteriora la dignidad del individuo, genera violencia, opresión, falta de desarrollo.</p> |
| <p>5. El participante P, el afectado A, y, el observador, O integran un círculo lingüístico de personas que fijan, en el reconocimiento del sistema jurídico, un punto común de racionalidad. La selección de la norma q, por el participante impone un análisis de propiedades distintivas, fundadas en una razón subjetiva y una razón explícita, que se confrontan con las expectativas que A y O, se forman sobre las consecuencias de q, de manera que cuando P, se aproxima a estas expectativas, universaliza a la norma q. Una situación similar ocurre con H, pero P se limita a fijar las expectativas en las reglas de valoración de pruebas, por lo que las expectativas se reducen a considerar probado o no H.</p> | <p>5. La falta de un círculo lingüístico hace imposible confrontar el significado de la selección de la norma q, desde las expectativas de A y O; este significado no podría satisfacer las condiciones de superveniencia y universalización; lo primero porque las propiedades de q, podrían carecer de representaciones intersubjetivas sobre sus consecuencias, tanto en la perspectiva de A, como de O y por tanto, el significado q, no podría fijarse como una norma universal, para todos los casos que reúnan las propiedades de q seleccionadas por P. En los hechos, la ausencia de un círculo lingüístico, suprimiría el principio de contradicción en materia de valoración y se podría tener o no por probado cualquier hecho, pues no importarían las expectativas de A, ni de O.</p> |
| <p>6. Una decisión q está internamente justificadas cuando la conclusión deriva de las premisas; las mismas decisiones estarían externamente justificadas cuando las premisas han sido aceptadas a partir de una argumentación. En los hechos H, opera una justificación inductiva a partir de razones particulares, que llevan a una inferencia, en la que se fundan las expectativas de O y A.</p> | <p>6. Una decisión q no están internamente justificadas cuando la conclusión no deriva de sus premisas; las mismas decisiones no estarán externamente justificadas, cuando una argumentación lleve al rechazo de sus premisas. En los hechos, cuando las razones particulares, no pueden conducir a la construcción de una inferencia, se frustran las expectativas de O y A, en la decisión H.</p> |

| | |
|---|--|
| <p>7. El idealismo filosófico cree que a partir de la razón se puede conocer lo verdadero, lo justo, falso, malo o injusto. La verdad de una proposición descriptiva (H), o la validez de una prescriptiva (q) (a pesar de las dificultades epistemológicas y su aspiración semántica) pueden fundar la justificación de un enunciado q, o H, cuando su refutación en el círculo lingüístico, pragmático, se aproxime a las expectativas reconocidas en el sistema jurídico por A y O. La razón crítica es una condición esencial de refutación para liberar al derecho, de alguna desviación ideológica. Edward Coke: <i>“las causas concernientes a la vida, la herencia, los bienes y la fortuna de los vasallos no se deciden según la ley natural sino por la razón y lógica convencional de las leyes...”</i> y los <i>Critical Legal Studies</i> o las corrientes críticas del derecho en Latinoamérica: <i>Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos; Instituto de Derecho Florianópolis; revista Crítica Jurídica.</i></p> | <p>7. La verdad o la validez en las proposiciones descriptivas y prescriptivas, puede presentarse como ideología; la racionalidad es en este sentido, una racionalidad manipulada que obedece a intereses no declarados de una sociedad dividida, en la que el derecho se convierte en un medio de dominación a partir de la construcción de representaciones culturales. La justificación para elegir a la norma q, o el hecho H, puede estar encerrada en el autismo de una falsa razón jurídica; el jurista puede perder de vista que opera en el marco de una razón desviada. La labor interpretativa tendría que orientarse en la fidelidad del derecho, pero principalmente en el sentido de justicia; sin embargo, los participantes, pueden fijar estrategias y ser: activistas (lo injusto lo hacen justo); moderados (no fijan compromisos contra la ideología) o bipolares (salvan conflictos que puedan afectar su situación profesional). El caso del anatocismo ha sido sometido a la crítica del observador.</p> |
| <p>8. La razón supera la permanente exigencia de fundamentación; las expectativas de encontrar en la ciencia, un conocimiento verdadero, se han relativizado. Si esto ha ocurrido en la ciencia, en el derecho, que opera a través de enunciados normativos y evidencia circunstancial, no podría esperarse algo adicional. La exigencia de fundamentación puede convertirse en un acto de fe, que está más próximo al espíritu humano que al afán científico. Fracasaremos cuando a pesar de todo el conocimiento que podamos acumular, dejemos de conmovernos con la desgracia de otro ser humano, con la mirada amistosa, con la sensación de sorpresa o con la admiración por la vida (Fromm). El derecho puede convertirse en un problema de lenguaje, pero de un lenguaje del corazón humano que se indigna frente a la injusticia y la maldad. Los enunciados prescriptivos pueden interpretarse mediante argumentos y acuerdos, sobre lo que es justo, debido o apropiado.</p> | <p>8. No hay razón alguna en la justificación de casos, el límite de la fundamentación no puede ser sustituido por la simple buena fe; el derecho, es, ha sido y seguirá siendo, un instrumento de dominación y los espacios abiertos a la discrecionalidad en la interpretación de la norma q o del hecho H, están destinados a la regresión; el espíritu humano se ha roto frente a la adversidad, nos ha llevado a devorar a nuestra propia especie (Viktor Frankl); las virtudes humanas no pueden llevarnos a la previsibilidad, pueden esconderse en ellas, estrategias adornadas de buena fe; además no puede derivarse ninguna conexión entre el derecho positivo, del mundo del ser, con el derecho ideal, del mundo del deber ser y en este, surge un obstáculo insuperable frente al relativismo ético confirmado por la historia, que nos dice que el razonamiento moral es imposible, pues cada sociedad en cada circunstancia tiene su propio concepto sobre lo que es lo justo, lo injusto, lo debido o lo apropiado.</p> |

| | |
|---|--|
| <p>9. Carecemos de un conocimiento directo sobre las proposiciones descriptivas y prescriptivas; los conceptos jurídicos o la valoración de los hechos, son signos lingüísticos con una fuerte función pragmática y un débil sentido semántico. La realidad se convierte en una ficción construida de significados simbólicos: un hombre que cruza la línea blanca con un balón, sería sólo eso sin el lenguaje; con él, comprenderíamos que anotó seis puntos. Una proposición directiva (prescriptiva), es válida si se acompaña de su derivación del sistema normativo; pero a la vez esta derivación se da a través de una norma de competencia que tiene lugar en el mundo de los hechos; por eso un cambio en el significado de la norma de competencia, puede llevar a un cambio en los hechos. (ejemplo del cambio de significado sobre pena inusitada y la prisión vitalicia).</p> | <p>9. La tesis del derecho positivo de Kelsen (Kalinowsky), sólo puede orientarse hacia una función descriptiva que explique cómo es, al fundarse en el conocimiento científico; no puede dar cuenta de la validez del derecho, por tratarse de un concepto prescriptivo. El método de la ciencia jurídica para Kelsen, debe ser puramente descriptivo (Mario Jori).</p> |
| <p>10 La congruencia y exhaustividad son condiciones necesarias de la justificación interna, pues si la conclusión debe derivar de las premisas, si no se tienen todas o las que se tienen son equivocadas, la conclusión también será equivocada. Hay principios lógicos que participan en los argumentos deductivos: identidad; no contradicción; tercero excluido; razón suficiente; doble negación; simplificación y las leyes de Morgan para la conjunción y disyunción o el principio de razón suficiente; estos principios pueden expresarse en proposiciones representadas en distintas lógicas, como la proposicional o la deóntica, que corresponde a una analogía de la lógica alética, al variar los operadores modales de posible, imposible y necesario a, permitido, prohibido y obligatorio, que en un cuadro de oposición deóntica se representa Pp; Php, Op y P-p, por ejemplo: $-(Op \cdot P-p)$. El empleo de la lógica en la justificación es una herramienta con la que se puede evaluar la validez formal de los argumentos, aunque el lenguaje judicial se exprese en cadenas de argumentos.</p> | <p>10 Una justificación en la que la conclusión no deriva de sus premisas o en la que no se consideran todas o las consideradas son equivocadas es una justificación arbitraria o formalmente inválida. La validez de un argumento deductivo, puede determinarse con tablas de verdad o con un procedimiento simplificado que compruebe si la conclusión deriva de las premisas. Se puede afirmar que un líquido es vino y vinagre; que no es cierto que una persona no nació en México y Canadá al mismo tiempo o que para que se acredite el delito de robo es suficiente con demostrar una acción de apoderamiento; estos enunciados faltan a los principios lógicos. Se pueden representar algunos argumentos deductivos, arbitrarios, al ser contradictorios: $(Op \cdot P-p)$; $(Php \cdot Pp)$. Con cuantificadores. $O(x) \rightarrow Ph(x) \cdot Oa \rightarrow -(Ph(a))$ No obstante, hay quienes consideran que la lógica no tiene aplicación en la justificación, ya que el lenguaje jurídico de las resoluciones, se expresa en cadenas de argumentos.</p> |

| | |
|--|---|
| <p>11 El razonamiento inductivo, parte de una relación de proposiciones, que van de lo particular, a lo particular; la relación causal de ellos puede llevar a un resultado sujeto a un rango de probabilidad, que se aproxima a una función semántica de correspondencia con la realidad.</p> | <p>11 El razonamiento inductivo puede fijar una relación causal equivocada entre antecedentes y consecuentes, cuando las proposiciones que se integran al razonamiento, se fundan en presunciones y no en hechos probados, que puedan conducir a una inferencia válida.</p> |
| <p>12. El razonamiento que lleva a cabo P, para encontrar la norma q, o para tener por demostrado el hecho H, requiere de valoraciones sobre enunciados prescriptivos y descriptivos que, en ocasiones son opinables <i>doxa</i>, o de relaciones necesarias <i>endoxa</i>, cuando en, la justificación precisa de algún conocimiento derivado de la ciencia (con las limitaciones relativizantes); Parménides y Heráclito coincidieron en diferenciar la verdad, de la opinión.</p> | <p>12. Se podría considerar como arbitrario un razonamiento basado en proposiciones opinables (<i>doxa</i>), cuyas premisas resulten absurdas en el contexto de una selección ordenada de valores, cuando no consideren estos valores o el orden que los rige según su jerarquía, cronología, especialidad, extensión, duración o cualquier otro criterio valorativo implicado; también puede incurrirse en una arbitrariedad, si se introduce un argumento pseudocientífico, que no pueda catalogarse <i>endoxa</i>.</p> |
| <p>13. Lo opinable es refutable, <i>La Retórica</i>, es un arte para plantear argumentos, para defenderse o acusar; en el libro II, se exploran los elementos subjetivos de la persuasión, que se enfoca en las pasiones; en el pesar o el placer; la ira, la calma; el amor y el odio; la compasión y la indignación. Viehweg en 1953, reivindica el modo de pensar tópico a partir de la técnica del pensamiento problemático; la noción de los lugares comunes y la búsqueda y examen de las premisas.</p> | <p>13. La <i>Retórica</i> o la <i>Tópica</i>, sólo valen en cuanto a la forma de plantear argumentos, de defenderse y acusar, de buscar en el pensamiento problemático y en los lugares comunes premisas y su examen; no importaría el enfoque de las pasiones ya que la razón y las emociones se deben mantener separadas, conforme a la idea del <i>logos</i>.</p> |
| <p>14. El irracionalismo desconfía de la razón abstracta y admite todas las posibilidades cognoscitivas como los sentimientos, la fe o las pasiones que posibilitan el acceso a lo que la razón niega; no sólo lo real es racional: la fe, la voluntad o lo afectivo también, son reales. Müller -Freienfels, Meister Eckhart; Pascal, Rosseau, Voltaire, Hume, Jacobi, Schelling, Bergson, Kierkegaard, Adam Smith, Nietzsche y Unamuno. No se pueden aprobar o desaprobado cuestiones de moralidad sin los sentimientos.</p> | <p>14. En el <i>logos</i> se fijó un orden entre la razón y las pasiones; cada cual debe estar en su sitio y mientras más apartados mejor. La razón liberada de las pasiones nos adentra en lo sublime, en lo espiritual. Lo afectivo es una parte de lo intelectual percibida como algo confuso; nuestras pasiones nos hacen esclavos, (Descartes, Leibinz, Spinosa).</p> |
| <p>15. Las emociones tiene un papel esencial en el razonamiento. El neurólogo Antonio Damasio demostró que la idea de desvincular la razón de las emociones, es equivocada. Sus estudios encontraron que el lóbulo frontal, la amígdala y la corteza</p> | <p>15. Elliot sufrió un daño en los dos lóbulos frontales derivado de un tumor que le fue extirpado. El daño, dejó intactas gran parte de sus facultades mentales, tenía un coeficiente intelectual que rebasaba el promedio, pero no podía sujetarse a un</p> |

| | |
|--|---|
| <p>cingular anterior, tienen una conexión importante con las emociones y el proceso del razonamiento; éste requiere información, cálculos, estrategias, conexiones neuronales y reproducción de imágenes del pasado y del presente que se traducen en lenguaje. La amígdala es un codificador biológico, el aumento de serotonina en la amígdala provoca una reacción de agresividad, su disminución un mayor rechazo a la injusticia; las emociones se corresponden con los valores morales, con los sentimientos de honestidad, generosidad, solidaridad; la construcción de los valores depende de una parte emocional y otra racional; esta última parte deriva de la corteza cingulada anterior y prefrontal. La concepción moral, la noción de lo bueno, malo, justo o injusto se representan en las regiones prefrontales y temporales.</p> | <p>horario, jerarquizar actividades o clasificar documentos; su capacidad de tomar decisiones quedó anulada. Una niña de 15 meses y un niño de 3 meses sufrieron daños en la corteza prefrontal; ambos se recuperaron pero presentaron conductas sociales anormales en edades tempranas y a la edad de veinte años eran incapaces de tomar decisiones, presentaron una ausencia de moralidad, eran insensibles a las convenciones sociales o a las normas morales. “Se ha comprobado además, que las lesiones de la corteza frontal, especialmente ventromediales, originan deficiencias en la generación de emociones sociales como orgullo, vergüenza, remordimiento o culpabilidad. Los individuos con personalidad antisocial (sociópatas) o con trastornos graves de la misma (psicópatas) presentan anomalías tanto de forma como de funcionamiento en alguna de esas regiones de la corteza cerebral” (Morgado, nota 254).</p> |
| <p>16. La fuente de las normas, se encuentra en un valor o en un bien jurídico que se busca proteger; las normas regulativas, principios o reglas (por los valores implícitos) constituyen a la vez un criterio para su valoración. La lectura de la constitución es una lectura moral de corrección de la premisa mayoritaria. La creación inicial de la constitución es un misterio, Kelsen supuso una norma hipotética que desapareció con la constitución, como ocurre con el poder constituyente. No obstante, lo que es insostenible es negar la validez de los derechos fundamentales, como hecho sociológico, pues éste responde a su fuente originaria, son valores éticos y sentimientos que se han elevado al derecho para reforzar su reconocimiento, mediante un derecho subjetivo o alguna vía de exigencia distinta a través de un interés legítimo o de la coacción.</p> | <p>16. “El jurista no puede escoger entre aceptar o rechazar una ley establecida por el legislador en base a su juicio sobre lo justo o lo injusto. La ley vigente que decide el científico es la que ha decidido el legislador, tanto si concuerda con su ideal de justicia personal como si no. Lo único que puede hacer es examinar si estas normas creadas por el órgano legislativo se ajustan o no a las normas positivas de la constitución, y a partir de este examen puede afirmar un hecho, pero no un juicio de valor subjetivo” (Kelsen, nota 259).</p> |
| <p>17. Hay razones valorativas en sentido fuerte que se refieren a decisiones que ameritan de una valoración positiva o negativa que se expresan con predicados como bueno, malo, correcto, obsceno, escandaloso, pornografía, entre muchos</p> | <p>17. Si el adversario es superior y acabará por no ceder; se sugiere adoptar un tono ofensivo, áspero; atacar rasgos de su personalidad, su honor, vanidad o sus capacidades intelectuales. -Si el adversario se encoleriza, hay que</p> |

| | |
|---|--|
| <p>otros, también hay necesidad de resolver problemas que implican ponderación de principios o un juicio de proporcionalidad. En la solución de estos problemas, varios jueces de reconocida experiencia, han destacado la importancia de la intuición, de la necesidad de reconocer a las emociones en los procesos analíticos; de entablar un diálogo entre la cabeza y el corazón; “las resoluciones judiciales no son otra cosa que la proyección de los valores intelectuales y morales de cada uno de los hombres encargados de emitir las, la palabra sentencia deriva del verbo latino <i>sentiré</i>”. (William J. Brennan; Richard A. Posner; Ortiz Mayagoitia; Juan Díaz Romero). Los códigos de ética son un esfuerzo por resaltar el desarrollo de las virtudes judiciales, de emociones positivas que fortalezcan la construcción de significados culturales capaces de ver en la justicia, indignación o en la compasión, instrumentos para el razonamiento; paralelamente, el juez debe desarrollar la prudencia, la templanza y el sentimiento empático.</p> | <p>insistir en la causa de su cólera pues éste es el punto débil de su razonamiento. -También es posible ocasionar que el adversario se encolerice para que quede imposibilitado para juzgar prudentemente. - Si el camino se ve complicado, con rumbo a la derrota, se puede introducir un comentario divertido en contra del adversario, o bien en contra de lo que propone. - La compasión o la indignación son irrelevantes; en los problemas para decidir sobre las normas o sobre los hechos, el juez goza de una amplia discrecionalidad para resolver los casos difíciles y no tiene por qué buscar emociones o sentimientos en el derecho.</p> |
| <p>18. En la decisión de la norma q o del hecho H, el participante P, debe entender que el referente más importante de la razón es el sistema jurídico, pues en él se reconocen las expectativas de A y O. El sistema jurídico comprende a normas derogadas y vigentes, estas últimas sólo forman parte del orden jurídico y la Constitución es la norma máxima del sistema jurídico, que lo acompaña en las transiciones de los órdenes jurídicos, al ir mutando con cada uno. En un sistema jurídico concurren los principios de coherencia y consistencia; el primero se refiere a un atributo racional del sistema jurídico; el segundo, es una propiedad lógica que se basa en el principio de identidad. También participa el de completud, no puede haber lagunas ni contradicciones, si las hay, son aparentes.</p> | <p>18. Conforme al principio de coherencia, un sistema jurídico debe responder a un fin racional; en este sentido, si existiera alguna norma que pretendiera regular el periodo de gestación, sería una norma incoherente; también sería incoherente fijar un impuesto para recaudar fondos tendientes a realizar una expedición a la superficie del sol; o incluso prohibir los besos en las plazas públicas. La inconsistencia se puede presentar cuando una norma fija un enunciado deóntico, que se contradice con otro enunciado en sus operadores modales, por ejemplo si se prohíbe fumar en lugares cerrados y a la vez, se permite fumar en lugares cerrados. Si ordena como obligatorio usar cinturón de seguridad, pero se permite no usarlo en las carreteras.</p> |
| <p>19. El neoconstitucionalismo tiene una larga historia: el Renacimiento, la Ilustración, las Declaraciones de Derechos: Independencia de Estados Unidos; Declaración Universal;</p> | <p>19. La ilustración es una proclama contra el derecho natural; el derecho no deriva de los mandatos de Dios, sino de la razón humana; el abuso del poder fue el combustible que encendió la idea de ver</p> |

| | |
|--|---|
| <p>constitucionalismo social; la Carta de las Naciones Unidas; así como el surgimiento de los Tribunales Constitucionales, y los precedentes sobre la supremacía constitucional. El neoconstitucionalismo abandona las expresiones del derecho positivo y encuentra en la constitución una forma de dirigir el control de la discrecionalidad fuerte; el paradigma constitucional provee la referencia para entender la moralidad del derecho inscrita en sus principios; la función del Estado se orienta a participar en el derecho de las libertades para equilibrar las distancias económicas y se concibe la idea del estado bienestar, la constitucionalización de los derechos humanos de fuente internacional; consecuentemente, la protección de derechos políticos, económicos, sociales y culturales, así como el empleo de vías interpretativas con principios, (caso Lüth de 1958) como la ponderación y el juicio de proporcionalidad.</p> | <p>al derecho como la expresión de la ley, <i>ius certium</i> (Hobbes, Puffendorf, Locke, Kant) y ésta, debe corresponder a un contrato social que brinde seguridad, certeza y estabilidad, para que se respeten los derechos y libertades, así como a la división de poderes (Rousseau y Hobbes). La Revolución Inglesa de 1688, limitó el poder con la creación de tribunales comunes e independientes; la Revolución Francesa. En América, la opresión de Inglaterra llevó a proclamar la Declaración de Independencia de Estados Unidos en 1776; luego apareció la Constitución de Estados Unidos de 1787; la Declaración Universal de los Derechos del Hombre 1789; el constitucionalismo social con la Constitución Mexicana de 1917 y la de Weimar de 1919 y la literatura que pugnó contra la arbitrariedad: <i>El Federalista</i>; <i>el caso Marbury vs. Madison</i> (en México el Caso Prieto) y la Carta de la ONU.</p> |
| <p>20. En México, el neoconstitucionalismo ha llegado a afianzarse con las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, después de un largo recorrido por 6 constituciones, dos estatutos provisionales y más de 50 reformas en los últimos 10 años a la Constitución de 1917. Son diversas las reformas que han integrado a la constitución un sistema garantista: la reforma indígena; el sistema penal para adolescentes; el derecho a la información; el sistema penal acusatorio y extinción de dominio; las acciones colectivas y la reforma sobre derechos humanos, que ha constitucionalizado el derecho internacional sobre derechos humanos con el control de convencionalidad y la inclusión de principios de interpretación y obligaciones en materia de tutela y eficacia de derechos humanos. El juicio de amparo ha sido rediseñado para ampliar la protección de los derechos humanos, a través del reconocimiento de los intereses legítimos y colectivos; se incluye la declaratoria general de inconstitucionalidad (excepto en materia tributaria), se crean los Plenos de Circuito para resolver criterios contradictorios de los Tribunales</p> | <p>20. En México, el camino al neoconstitucionalismo, ha sido también, como en el resto de los países, un recorrido contra la arbitrariedad: La lucha por la Independencia (1810-1821); el tránsito entre conservadores y liberales, dio paso a la Constitución de 1824, de influencia norteamericana con un sistema federal; la de 1836, creó el poder conservador, de corte centralista; entre 1842 y 1843 se disolvió el congreso que pretendía restaurar el régimen federal e instaló un régimen centralista; en 1847 se aprobó la restauración de la Constitución de 1824, donde figura el juicio de amparo que tutelaba los derechos de libertad, seguridad, propiedad e igualdad; el Plan de Ayutla de 1854 llevaría a la Constitución de 1857 que contiene un capítulo de garantías individuales, un sistema federal y reconoce la libertad religiosa, en el marco de un estado liberal; en 1881, se registra el caso Justo Prieto que es el primer antecedente en el que se reconoce el principio de supremacía constitucional; después de la revolución de 1910, en 1917 se promulga la Constitución que rige la vida actual en México y fue la primera que reconoció</p> |

| Colegiados. | derechos sociales. |
|--|---|
| <p>21. El sistema jurídico en México, a partir de las reformas de 10 de junio de 2011 y particularmente con motivo de su interpretación en el expediente varios 912/2010, se reconocieron dos instituciones que han reconfigurado el sistema constitucional: el control convencional y el control difuso de constitucionalidad; el primero es un mecanismo para confrontar al derecho interno con el derecho internacional, para aplicar la norma que provea una protección más amplia y lo deben realizar todas las autoridades en el ámbito de su competencia, primero con una interpretación amplia, luego con una interpretación estricta y finalmente, en algunos casos según la competencia, la inaplicación. El problema sobre la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, no ha sido definitivamente resuelto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación; sin embargo, en la jurisprudencia por contradicción 293/2011, se precisó que hay contradicción de criterios en el mismo tema.</p> | <p>21. El nuevo esquema para el control convencional y el control difuso de constitucionalidad, impone nuevos retos para todas las autoridades; la violación a cualquier derecho humano, contenido en un tratado internacional, es motivo de un estudio oficioso. También, es obligatorio para todas las autoridades, promover, proteger, respetar, y garantizar esos derechos conforme a los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad. De modo que el incumplimiento a esta obligación constituirá sin duda una arbitrariedad; las expectativas fijadas por la constitución, harían que A o bien que O, reprocharan a P, no haber elegido correctamente a la norma q, conforme a las consecuencias, bien porque la norma pugne con un derecho humano tutelado en la constitución, en términos del artículo 133 constitucional; o porque esté en contra de algún tratado internacional sobre derechos humanos.</p> |
| <p>22. La actividad judicial en la interpretación de las normas y en especial, aquellas de orden constitucional, no transforma a los jueces en legisladores, el trabajo de los jueces debe concebirse como una continuación de la labor legislativa, en la que se perfecciona el alcance de los derechos constitucionales en los casos concretos, particularmente porque los jueces están comprometidos con la Constitución a través de un acto formal de protesta, en donde su legitimación democrática, emana de una designación, que si bien, no se funda en una figura representativa, como la de los legisladores, sí lleva implícita una conciencia democrática, derivada del compromiso constitucional; pero para ejercer correctamente esta actividad, los jueces deben gozar de independencia, pues ésta se convierte en un factor decisivo.</p> | <p>22. La Asamblea de las Naciones Unidas, en las resoluciones 40/32 y 40/136 del año 1985 ha emitido pronunciamientos sobre la independencia judicial, que fijan un estándar internacional, en el que se debe garantizar la independencia de la judicatura, mediante el reconocimiento a sus derechos de libertad de expresión y asociación, así como deben contar con condiciones de inamovilidad, y un régimen disciplinario con procedimientos garantistas. No obstante, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el 18 de abril de 2011, emitió observaciones al sistema judicial y recomendó que las decisiones del Consejo de la Judicatura, que tuvieran un impacto sobre el estatus de los juzgadores, puedan ser objeto de revisión por otro órgano judicial independiente.</p> |
| <p>23. La jurisdicción internacional en sus distintas vertientes: universal y regional, ha</p> | <p>23. En la última década, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha</p> |

| | |
|---|---|
| <p>dado la pauta para que las naciones integren a sus legislaciones internas la tutela de derechos humanos; desde la Carta de San Francisco de 1945, se han celebrado distintas Declaraciones, Pactos, Convenciones, Protocolos y se han creado distintos organismos como la OEA, pero lo más importante. La obligatoriedad de las normas internacionales, emana del principio <i>pacta sunt servanda</i> consagrado en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre los Tratados, a pesar de que en materia de cumplimiento, no existan vías coactivas, el derecho internacional sobre derechos humanos, se respalda en su autoridad moral, es un derecho suave en este aspecto, México ha reconocido que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen efectos vinculantes, cuando México es parte, cuando no, sus criterios son orientadores. En cuanto al conflicto entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y la constitución, habría que considerar que aquellos son superiores, sólo cuando sean más extensos en la protección conforme al principio pro-persona.</p> | <p>emitido sentencias condenatorias contra el estado Mexicano: Castañeda Gutman, 2008; Campo Algodonero, 2009; Radilla Pacheco, 2009; Fernández Ortega, 2010; Rosendo Cantú, 2010; y, Cabrera García, 2010. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió una condena en contra del Estado Chileno, en el caso La Última Tentación de Cristo, con motivo del cual ordenó que modificara su texto constitucional. En México, nuestra constitución tiene algunas normas que podrían ser violatorias de derechos humanos: el arraigo, art. 16; la restricción del recurso de revisión contra decisiones del Consejo de la Judicatura, art 100; y, la baja o cese de servidores públicos encargados de la seguridad pública, art. 123, apartado b) fracción XIII. No obstante, no se ha decidido expresamente sobre la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos. En el derecho comunitario se ha definido que la legislación comunitaria es superior a las constituciones de los estados desde 1970 (<i>Internationale Handelsgesellschaft</i>); pero por lo pronto, en México este tema no se ha definido.</p> |
| <p>24. El participante al resolver el problema sobre la determinación de la norma q, puede encontrar conflictos de orden axiológico; para ello, debe tener en cuenta que en el sistema jurídico, se reconoce una moralidad interna del derecho, que puede no ser suficiente para resolver todos los problemas, pero se debe partir de ella. El reconocimiento de estos valores, se verifica a partir de los principios. Fuller, precisa que la ley contiene una moralidad interna, contenida en reglas generales, como el hecho de que la ley debe ser pública, debe estar disponible para los afectados; debe estar orientada a un análisis prospectivo y no retrospectivo, debe ser comprensible y no contradictoria, no debe pedir lo imposible.</p> | <p>24. En el debate Hart-Fuller, se destaca la oposición entre el positivismo y la concepción sobre la moralidad interna del derecho de Fuller. Hart consideraba que las leyes Nazis fueron legítimas y de contenido repugnante; sin embargo, no era necesario ocuparse del contenido, no es una historia feliz, pero sí una historia simple. La tesis de Hart, sobre el concepto del derecho, se sustenta en la idea de 1) separación conceptual entre el derecho y la moral; 2) la regla de reconocimiento permite determinar la validez de las normas por su pertenencia al sistema; 3) en los casos difíciles, los jueces tienen una discrecionalidad amplia.</p> |
| <p>25. Dworkin objeta el concepto de derecho de Hart, porque no da cuenta de los principios, sólo se ocupa de las reglas, en tanto que la regla de reconocimiento brinda una base para analizar enunciados</p> | <p>25. Hart, aclaró en su concepto de derecho, que aceptaba que en la regla de reconocimiento se podían incluir principios morales o valores sustantivos, pues si la constitución era la fuente originaria del</p> |

| | |
|---|--|
| <p>descriptivos; sin embargo, Dworkin sostiene que el derecho requiere de la interpretación y los problemas de interpretación no sólo pueden concretarse a la función descriptiva, porque también existen desacuerdos teóricos y de éstos sólo se pueden ocupar los principios.</p> | <p>derecho y ésta incluía valores, también debían quedar estos valores inscritos en las reglas de reconocimiento. Con esta aclaración parecen haberse disipado las contradicciones entre Hart y Dworkin, pero la tesis de Hart, conserva la posición de la discrecionalidad fuerte de los jueces.</p> |
| <p>26. La moralidad del sistema jurídico puede evaluarse hacia su interior, pero hacia el exterior puede ocurrir que ese sistema opere en una moral cuestionable; Alexy propone que en estos casos se debe contar con un referente axiológico que contraste la norma o incluso el sistema, y lo rebaje a una moral prohibida.</p> | <p>26. El derecho Nazi, ha constituido el paradigma de un sistema fundado en una moral cuestionable, pero el pluriculturalismo, reconocido en el neoconstitucionalismo, art. 2 constitucional, nuevamente pone el dilema de los usos y costumbres en el escaparate de los cuestionamientos morales, (los castigos impuestos por la comunidad Páez)</p> |
| <p>27. Una solución simple al problema de validez extrasistemática es acudir al derecho internacional, atender a las normas de <i>jus cogens</i>, si esto no fuera suficiente habría que operar a partir de un razonamiento moral en el contexto de un círculo lingüístico.</p> | <p>27. La tesis de la discrecionalidad fuerte, en estos casos, podría determinar a los problemas de validez, en cualquier sentido, de no optarse por la referencia de un círculo lingüístico que reconozca a un sistema axiológico.</p> |
| <p>28. El fundamento de los derechos humanos, debe encontrarse en el reconocimiento historicista de su relatividad; pero también en el reconocimiento del núcleo duro de sus consideraciones éticas, que afirman su vigencia y no requieren de la coacción, para considerar su juricidad.</p> | <p>28. El relativismo ético, justificado por el fundamento historicista de los derechos humanos impide que se tengan en cuenta valores que no han sido incorporados al derecho, pues sólo las normas positivas y los principios implícitos pueden ser considerados.</p> |
| <p>29. Un principio es también una norma, pero cumple una función explicativa; tienen un valor ético, sus propiedades relevantes son generales; incluyen conceptos indeterminados, pues carecen de supuestos de hecho, delimitan parámetros generales de interpretación y tienen una función constitutiva.</p> | <p>29. El desconocimiento de los principios nacionales e internacionales puede conducir a arbitrariedades pues los principios se caracterizan por su significado moral <i>ethos</i> (Zagrebletsky); esta arbitrariedad, podría traducirse en una inobservancia a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, o al principio pro-persona, entre muchos otros.</p> |
| <p>30. La extensión de los principios en el ámbito internacional tiene un alcance insospechado, el derecho internacional reconoce como parámetros de interpretación a las decisiones judiciales y a la doctrina de los publicistas de mayor competencia, entre las naciones (art 38 inciso d) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Los principios internacionales que han sido incorporados al derecho</p> | <p>30. El control convencional impone una confrontación entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y el derecho interno; a fin de no incurrir en arbitrariedades, es necesario tener una comprensión sobre los principios internacionales y su aplicación en los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos. Esto podría suceder cuando se adopten medidas regresivas,</p> |

| | |
|---|--|
| <p>interno, universalidad, interdependencia, indivisibilidad, pro persona, se unen con las obligaciones de promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos.</p> | <p>pues el goce y efectividad de los derechos humanos implica una tarea de solidaridad internacional, para que su goce se vaya asegurando de manera progresiva, sin dar marcha atrás.</p> |
| <p>31. Los problemas entre principios no puede resolverse igual que con las reglas, pues tiene un mismo status formal y material y en estos casos se debe emplear la ponderación de principios, que consiste en la graduación del valores, en la colisión entre principios, que interfieren entre sí, de modo que se encuentre un punto de equilibrio, entre el peso abstracto de los principios y el peso concreto de la evidencia o de la seguridad en las premisas. También se puede emplear el juicio de proporcionalidad, pero en este caso, se debe evaluar la relación entre los medios y los fines que busca asegurar el principio; finalmente se puede emplear un razonamiento moral, en dos partes, en el hallazgo del significado del valor en cuestión y la posición crítica sobre ese resultado.</p> | <p>31. En la ponderación se puede incurrir en alguna arbitrariedad si no se establece una escala adecuada sobre el peso abstracto de los principios o del peso concreto de la seguridad en las premisas; se trata de una cuestión en la que participa la discrecionalidad del participante y por ello, es importante respaldar a este instrumento, de una alternativa subsidiaria, como el razonamiento moral; en el juicio de proporcionalidad, también puede ocurrir algo semejante, con la diferencia de que la proporción sería la que fundaría una decisión arbitraria, ya que si no está justificado sacrificar un medio, que representa un valor relevante, para conseguir otro de menor peso, entonces no habrá proporcionalidad, y por tanto la decisión será arbitraria.</p> |
| <p>32. Discurso es cualquier razonamiento verbalizado sobre problemas jurídicos que se espera sean abordados de manera racional. El modelo de decisión judicial, delimita los problemas que se podrían presentar en la decisión judicial: validez, en su sentido sistemático, fáctico o axiológico; los problemas de interpretación son una subclase de los de validez y se pueden resolver a través de directivas, de primer y segundo grado; las primeras atienden al contexto lingüístico; las segundas al orden sistemático y finalmente la última al contexto psicosocial. Las directivas de segundo grado corresponden a argumentos sobre la selección de alguna de las directivas de primer grado.</p> | <p>32. La figura del control de convencionalidad, ha generado problemas de consistencia en el sistema jurídico nacional. Es necesario adoptar un criterio que evite la arbitrariedad, el orden jerárquico de los tratados, a nivel de la constitución; o por encima de ésta ocasionará arbitrariedades, pues se anularía el control constitucional sobre los tratados.</p> |
| <p>33. Se pueden evitar inconsistencias en el sistema jurídico nacional, aún si se presentara una colisión entre un tratado internacional sobre derechos humanos, con un precepto constitucional; esto se solucionaría mediante un criterio flexible, que determine una regla general, para ubicar a los tratados internacionales por debajo de la Constitución, y una excepción</p> | <p>33. El asunto sobre la ayuda de dispensa, se propone como ejemplo de un caso arbitrario, en el que se involucra un discurso sobre la validez sistemática de la norma, en función de la contradicción que se puede advertir entre el derecho interno y el derecho internacional, con respecto a los derechos a la salud, a una buena nutrición y al goce de derechos sociales, como el de</p> |

| | |
|---|--|
| <p>para ubicarlos por encima, cuando exista alguna norma de mayor protección; esta colisión tendría que ventilarse a través de la figura del juicio de amparo indirecto o directo, dejando a salvo la revisión para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que podrá emitir una declaratoria general de inconvencionalidad, y seguir el procedimiento fijado en el artículo 107, fracción II de la Constitución. De otro modo, cualquier otra alternativa, daría lugar a mayores inconsistencias y eventualmente a que el sistema presente una falta de racionalidad o coherencia.</p> | <p>una pensión digna:</p> |
| <p>34. La inconstitucionalidad del artículo 333, fracción VI de la Ley General de Salud, es un ejemplo de una justificación externa razonable, ya que con total independencia de que no conste en la sentencia, de manera declarada la aplicación de un juicio de proporcionalidad, en el análisis de las consideraciones, se señala que no se justifica que la restricción para las donaciones, consistente en que sean entre familiares, pueda evitar el comercio de órganos, pues hay otras vías para satisfacer ese fin constitucional, sin sacrificar la posibilidad de que haya donadores altruistas que puedan favorecer la salud e incluso la vida de los enfermos.</p> | <p>34. La resolución 1441 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, si bien no se trata de un caso representativo del sistema constitucional mexicano, sí es un buen ejemplo de las funestas consecuencias que pueden llevar el empleo de palabras ambiguas, pues esta resolución dio lugar a que se invadiera Irak, y en esa guerra se han registrado más de 1,400,000.00 pérdidas humanas.</p> |
| <p>35. La justificación externa se convierte en una búsqueda permanente para el participante; en el círculo lingüístico que integra con el afectado y con el observador se debe ocupar, de localizar a la norma q y al hecho H, parece una tarea sencilla; encontrar una norma o tener por demostrado un hecho. Sin embargo, son múltiples las variables que debe considerar el participante, tal vez una de las directrices más importantes, es la de no perder la humildad, esta es indispensable para actuar de manera prudente, para poder ser justo y sobre todo compasivo.</p> | <p>35. El artículo 86 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, es desproporcional, porque fija una pena muy alta, para solucionar un fin constitucionalmente válido, como es la vida de los pasajeros y los peatones; esta desproporción se debe a que los medios seleccionados, corresponden a la última razón del derecho y existen otras alternativas de orden administrativo que se tendrían que implementar en primer lugar, desde el punto de vista del observador y del afectado, esta norma es arbitraria y la decisión que la convalida, también.</p> |
| <p>36 El sistema penal acusatorio, promete resolver problemas añejos a través de principios como intermediación, oralidad, contradicción, y la implementación de figuras como la de los jueces de control, los sistemas probatorios, se pretenden diferenciar en las distintas fases.</p> | <p>36. El nuevo sistema penal acusatorio, según se puede evaluar, traerá consigo distintos problemas relacionados con la evidencia ya que tendrán que presentarse distintos tipos de pruebas, para la fase preliminar, para la previa y para la acusación.</p> |

BIBLIOGRAFÍA

• FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

A.

Abramovich, Víctor, Curtis Christian. *Hacia la Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estándares Internacionales y Criterios de Aplicación ante los Tribunales Locales*, ed. Porrúa México 2001

Abregú, Martín y Curtis, Christian, *Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. ed. Del Puerto 1998

Aguilera García, Edgar Ramón, *Inteligencia artificial aplicada al derecho*, México, ed. UNAM., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2007.

Aguiló Regla, Joseph, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, ed. Ariel, Barcelona 2000.

Alarcón Cabrera, Carlos. *Lecciones de lógica jurídica*, ed. Colección Universitaria Textos Jurídicos, Madrid, 2000.

Alexy Robert, *El concepto de validez del derecho*, ed. Gedisa, Barcelona 2004.

--*Derecho y Razón Práctica*, en *Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política*, ed. Fontamara, vol. 30. Dir. Garzón Valdés Ernesto, Vázquez Rodolfo, ed. 2002, México

Arcos Ramírez, Federico, *La Seguridad Jurídica*, Universidad Carlos III de Madrid, ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2000.

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, ed. Alianza, Madrid 2003.

--, *Retórica*, ed. Gredos, Madrid 1999.

Araujo Carranza, Ernesto, *El Derecho a la Información y la Protección de Datos Personales en el Contexto General y su Construcción Teórica y Jurídica en Problemáticas Jurídicas Contemporáneas*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, año II, verano 2009, t. 23

Arnaz, José Antonio, *Iniciación a la Lógica Simbólica*, 7ª ed., ed. Trillas, México 1983.

Astudillo Reyes, Cesar. *El sistema mexicano de justicia constitucional* en Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, et al. [Dir] *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, ed. Porrúa 4, julio-diciembre, 2005.

Atienza, Manuel, *Cuestiones Judiciales*, Biblioteca de Ética y Filosofía del Derecho y Política, ed. Fontamara, México 2004.

--*Introducción al Derecho*, Temas Universitarios, ed. Barcanova, Barcelona, 1985.

-- *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación Jurídica* ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

-- *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?* En Carbonell, Miguel, Malem, Jorge F. et al, (comp.) *Jueces y Derecho, problemas contemporáneos*, ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México 2004.

--*Tras la Justicia.*, ed. Ariel, Barcelona 2003.

B.

B. Flores, Imer, *Sobre los límites de las reformas constitucionales: a propósito de tres acciones de inconstitucionalidad recientes* en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de la Rea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Tomo VIII, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional, Autónoma de México, 2008.

Baena Paz, Guillermina. *Cómo desarrollar la inteligencia emocional infantil: Guía para padres y maestros*, ed. Trillas, México, 2004.

Baldivieso Guzmán, René. *Tribunales Constitucionales y Democracia* en, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo II, *Tribunales Constitucionales y Democracia*, 2008.

Beladiez Rojo, *Los principios jurídicos*, ed. Tecnos, Madrid, reimp. Madrid 1997.

Beuchot, Mauricio. *Filosofía y derechos Humanos*, México, ed. Siglo XXI editores, 2008.

--*La semiótica. Teorías del signo y el lenguaje en la historia*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2004.

Black, Virginia, *The Illicit Reduction of Ontology to Epistemology in the Legal Enterprise. En Conscience, Consensus, & Crossroads in Law. Eight Round Table on Law and Semiotics*, New York, ed. Roberta Kevelson. Peter Lang, 1995.

Bronchorst, Ever, *Explicaciones del Jurisconsulto Ever Bronchorst al Título del Digesto, de diversas reglas del Derecho Antiguo* ed. Facsimilar, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002.

C.

Cabrera Acevedo, Lucio. *Los Tribunales Colegiados de Circuito*, México, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001.

Calvo García, Manuel, *Transformaciones del Estado y del Derecho. Sociología Jurídica y Política 1*, ed. Universidad Externado de Colombia, 2005.

Canivet, Guy, *et al., La déontologie du Magistrat*, 2^o.éd, Paris, ed. Dalloz, 2009.

Cappelletti, Mauro. *Leyes bajo el perfil "modal"*, en *OBRAS, La Justicia Constitucional*, ed. Porrúa, México 2007.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises. *La interpretación judicial constitucional*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

Carpizo, Jorge. *Estudios Constitucionales*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 8va. ed., Porrúa, México 2003.

--*El Tribunal Constitucional y el Control de la Reforma Constitucional en La Justicia Constitucional y su Internacionalización, ¿Hacia un ius Constitutionale Commune en América Latina?*, coord. Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela, ed. Max-Planck Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.

Carr, David. *Virtue, Mixed Emotions and Moral Ambivalence*, Cambridge Journals, The Royal Institute of Philosophy, Philosophy **84**, ed. University of Edinburgh, 2009.

Cáceres, Enrique, *Hacia una teoría constructivista conexionista*, en *PROBLEMA*, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2009

Castellanos Madrazo, Francisco, *Apuntes sobre la jerarquía normativa de los tratados en el sistema constitucional mexicano* en la revista *Jerarquía Normativa* del Colegio de Secretarios de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ed. Porrúa, México, 2007.

Cervantes, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*. Edición del IV Centenario Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, México, 2004.

Caracciolo Ricardo, *El derecho desde la filosofía, ensayos*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

Charles Hoffer, Peter. *The Great New York Conspiracy of 1741*, ed. University Press of Kansas, United States of America 2003.

Cisneros Farías, German, *Lógica Jurídica*, ed. Porrúa, México 2003.

Cobley, Paul. *et al. Semiótica para principiantes*, ed. Era Naciente, Buenos Aires, 2004.

Concha Cantú, Hugo A. *et al. Cultura de la Constitución en México*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Comisión Federal de Mejora Regulatoria, México, 2004.

Corcuera Cabezut, Santiago. *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, ed. Oxford University Press.

Correas, Óscar, *Por los caminos de la razón*, En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3ª época, Núm. 6, 2003.

--*Teoría del derecho*, Fontamara, México, 2004.

--*Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*, Ediciones Coyoacán, México, 2009.

Cruz Parceró, Juan Antonio, *Derechos Sociales: clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual* en Octavio Cantón J. [coord.] *Derechos Económicos Sociales y Culturales*, ed. Porrúa, México, 2004.

D.

Damasio, Antonio, *Descartes Error, Emotion, Reason, and The Human Brain*, ed. Penguin Book, U.S.A., 2005.

De la Torre Martínez, Carlos, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005

Del Cabo, Carlos. *La función histórica del constitucionalismo en Teoría de la Constitución*, ensayos escogidos, compilador Miguel Carbonell, ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.

Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del Delito*, ed. STRAF, México, 2006

--*Proceso Penal Acusatorio y Teoría del Delito*, ed. STRAF, México, 2008.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ed. Ariel, Barcelona, 2002.

--*La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria*, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 7, ed. UNAM, México Diciembre, 2002

E.

E. Dulizky, Ariel, *Alcance de las Obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos en Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (comp), Martín, Claudia et. al., ed. Fontamara, México 2006

Escalante Gonzalbo, Pablo, *El México Antiguo en Nueva Historia de México*, ed. El Colegio de México, México, 2004,

Escobar García, Claudia. *El rol de las reglas en la era de los principios*, en *teoría y práctica de la justicia constitucional*. Serie Justicia y Derechos Humanos, ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, 2010.

Escudero Alday, Rafael, *Los Calificativos del Postivismo Jurídico, El debate sobre la incorporación de la moral*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004

Eugenio Navarro, Pablo, *La Eficacia del Derecho*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

F.

Fayat, Carlos S., *Derecho Político*, ed. La ley, 11ª e., Tomo II., Buenos Aires, 2003.

Fernández, Eusebio, *El iusnaturalismo*. En, *El derecho y la justicia*, ed. Trotta, Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Madrid, 2000.

Fernández Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, en Anuario de Derechos Humanos, No. 1., ed. Universidad Complutense, Madrid, 1982.

Fernández Menéndez, Jorge *et al.* *De los Maras a los Zetas*, México, ed. Grijalbo, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales*. En Carbonell Miguel (comp.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, ed. Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., 2007.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Intérprete Constitucional*, en *Interpretación Constitucional*. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo [coord.] ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, 2005

Fioravanti, Mauricio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Bologna, ed. Trotta, 1994.

Fix-Zamudio, Héctor. *Ensayos sobre el derecho de amparo*. México, ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

--*Organismos Jurisdiccionales Especializados en Tribunales y Justicia Constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Flores Quiroga, Aldo, La Perspectiva Económica de los Tratados de Libre Comercio, en *Jornadas sobre México y los tratados de libre comercio*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.

Frankl, Víctor, *El hombre en busca de sentido*, ed. Herder, España, Barcelona, 2004.

Fromm, Erich, *El corazón del hombre*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1983.

Fuller, Lon. F. *Ficciones Jurídicas*, Biblioteca de ética, Filosofía del Derecho y Política, dirigida por Ernesto Garzón Valdez *et al.*, México, ed. Fontamara, 2003.

G.

Galeana, Patricia, *Notas introductorias al libro El Constitucionalismo Mexicano, Influencias Continentales y Transatlánticas*, ed. Siglo XXI: Senado de la República, Comisión especial encargada de los festejos del Bicentenario de la Independencia y del Centenario de la Revolución Mexicana, 2010.

García De Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, ed. Civitas, 2000

García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción Internacional, Derechos Humanos y la Justicia Penal*, ed. Porrúa, México 2003

--*La Reforma Penal Constitucional (2007-2008)*

--*Temas actuales en la Constitución Mexicana: Reforma y Reformas en El Constitucionalismo Mexicano, Influencias Continentales y trasatlánticas*, México, ed. Siglo XXI, 2010.

Garzón Valdés, Ernesto. *Estado de Derecho y Democracia en América Latina*, en Carbonell, Miguel *et al.* *Estado de derecho*. Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, ed. Siglo XXI, 2002.

Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho, Bases argumentales de la prueba*, ed. Marcial Pons, Barcelona 2004.

Gilles Deleuze, *La Filosofía Crítica de Kant*, ed. Cátedra, 2007, p. 63.

Goleman, Daniel, *El Cerebro y la Inteligencia Emocional: Nuevos Descubrimientos*, ed. B, Barcelona 2012.

González, Galván Alberto, *Derechos indígenas en México*, En Derechos Fundamentales y Estado, Memoria del VII

González Vidaurri, Alicia, *et al.*, *Control Social en México, D.F.*, ed. U.N.A.M., México, 2004.

González Licon, Rolando, *et. al.* En Nueva Ley de Amparo, Análisis del Proyecto de, Coord. Romero Vázquez Ricardo Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación A.C. Tercera y Quinta Regiones, ed. UNAM y Universidad Tempantlato, México 2012

Guevara, José Antonio, *La extradición de Cavallo Continúa* en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, Número 21 del mes de octubre de 2004.

Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación Jurídica*, México, ed. Porrúa, 2001

--*La Interpretación de la Constitución en Interpretación y Razonamiento Jurídico, Volumen II*, 3 ed. ARA, 2010, Perú, pp. 54

H.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*, Madrid, ed. Trotta, 2001.

--*Verdad y Justificación*, Madrid, ed. Trotta, 2002.

Hansberg, Olbeth, *La Diversidad de las Emociones*, ed. Fondo de Cultura Económica, México 2001.

Hare, R.M., *Sorting Out Ethics*, ed. Clarendon Press, New York, Oxford, 1997, 2004.

Harnecker, Marta, *Los conceptos elementales del materialismo histórico*, ed. Siglo XXI, México 1983.

Hartley, TC, *The Foundations of European Community Law. An introduction to the constitutional and administrative law of the European community*, 6o e., ed. Oxford, Univesity Press, London 2007.

Herbert L.A., Hart, *El Concepto de Derecho*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

Hernández Marín, Rafael, *El derecho y la justicia*, Madrid, ed. Trotta, 2000.

Hesse, Mary B, *Física, filosofía y mito en Física, Filosofía y Teología*, ed. UPAEP, México, 2002

Hijemselv, Louis, *Prolegómenos a una teoría del lenguaje*, Madrid, ed. Gredos, 1974.

Hyland, Drew A. *Los Orígenes de la Filosofía en el Mito y los presocráticos*. ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1975

Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, Cuestiones Relevantes*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2009.

--*Conflictos Normativos*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007

--*Retroactividad en la Constitución*, en *El proceso constituyente mexicano a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, Coord. Valadés Diego y Carbonell, Miguel, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2007.

Hume, David: *Enquiries concerning human understanding and concerning the principles of morals*, ed. Oxford: Clarendon Pr., 1902

Iturralde Sesma, Victoria, *Sistema Jurídico, Validez y Razonamiento Judicial*. Lima, ed. Ara Editores, 2010.

I

Iturralde Sesma Victoria, *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial* ed. Ara Editoriales, Lima, 2010.

J.

Jañes Barrio, Tarsicio, *La Argumentación Jurídica*, en *Argumentación Jurídica Estudios en torno a...*, Tomo I, ed. Popocatépetl Editores S.A. de C.V. Carrasco Fernández, Felipe Miguel [comp.], México.

Juan Moreso, José, *Alexy y la Aritmética de la Ponderación*, en *Derechos sociales y ponderación*, Comp. Garzón Valdés, Ernesto, et. al., ed. Fontamara México 2010.
Jori, Mario, *The Object and Method of Legal Science en Law and Language, The Italian Analytical School*, ed. Anna Pintore y Mario Jori, Liverpool U.K., 1997

K.

Kant, Immanuel, *Lecciones de ética*, en Rodríguez Armayo, Roberto, introducción y notas, et. Roldán Panadero Concha [trad], ed. Crítica, Barcelona 2002.
Kelsen, Hans, *La Justicia en la revelación divina y en la moralidad cristiana moderna en Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, ed. Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, dirigida por Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez, (ITAM, México), 2003.
Kelsen, Hans. ¿Qué es justicia? Barcelona, ed. Ariel, 2001.
Klinowsky, Mateusz, *Harmony, chaos, complexity and the system of law in Between Complexity of Law and Lack of Order, philosophy of law in the era of globalization*, Judyta Weglowsdka, Beijing, ed. Tourn, 2009
Knaack, Jay, *Pragmatism and the Limits of Rationality, Conscience, Consensus & Crossroads in Law*, ed. Roberta Kevelson. Peter Lang New York 1995.
Krawietz, Werner, *Derecho y racionalidad en la Moderna Teoría del Derecho en Derecho y Filosofía*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, , 3ª ed., México, volumen 18, 1999
Krygier, Martin, *The Hart-Fuller Debate, Transitional Societies*, published in *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Peter Cane, ed. Oxford and Portland Oregon, 2010, Hart Publishing.

L.

Laporta, Francisco. *Imperio de la ley, reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*, en Carbonell, Miguel, et. al. *Estado de Derecho*, ed. Siglo XXI, ITAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México 2002.
La Rue, Lewis H., *Constitutional law as fiction*, 1995.- X, Pennsylvania State University
León Cazáres, María del Carmen, *A cielo Abierto. La convivencia en Plazas y Calles*, en Historia de la vida cotidiana en México, Tomo II, *La Ciudad Barroca*, ed. El Colegio de México y Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

M.

Malem, Jorge, *La profesionalidad judicial*, comp. Garzón Valdés Ernesto, ed. Fontamara, México 2009.
Marroquín Zaleta, Jaime Manuel, *El Debate en los Tribunales Colegiados de Circuito, Teoría de la Deliberación Jurisdiccional*, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2003.
Mazzarese, Tecla, *Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales Observaciones Lógicas y Epistemológicas*, en *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, Vol. II, ed. ARA Editores, Perú 2010
Meza, Javier, *El Retorno de Calicles*, en *ISONOMÍA*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 11, octubre 1999.
Mirow, M.C., *Ignacio Vallarta y el Constitucionalismo Mexicano*, en Galeana, Patricia, (comp.), *El Constitucionalismo Mexicano Influencias Continentales y Transatlánticas*, México, 2010.
Moderne, Franck, *¿Cuál es el Futuro del Constitucionalismo Social?* En *Derechos Fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho

Constitucional, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002

Moïsi, Dominique, *La Geopolítica de las Emociones*, ed. Grupo Editorial Norma, Primera Reimpresión, México 2010.

Moreno-Bonett, Margarita, *Los derechos humanos en perspectiva histórica*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

Morgado, Ignacio. *Emociones e Inteligencia Social*, ed. Ariel, Barcelona 2010.

Montes de Oca, Francisco, *La filosofía en sus fuentes*, ed. Porrúa, México 1992.

N.

Nieto, Alejandro. *Crítica de la Razón Jurídica*, ed. Trotta, Madrid 2007.

Novoa Monreal, Eduardo, ed. Siglo XXI, México, 2002.

O.

Olivecrona, Karl, *et. al.*, *El velo de Misterio de Bentham*, en Casanovas, Peompeu y Moreso, Juan José (comp.) *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, 2000.

Ortíz Ahlf, Loretta. *Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en Martín Claudia *et.al* [comp] *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ed. Fontamara y Universidad Iberoamericana, México, 2006.

Ortiz Mayagoitia, Guillermo I., *Conferencias de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México, ed. S.C.J.N, 2006.

P.

Paine, Thomas, *Common Sense*, ed. Barnes & Noble, New York, 1995.

Perelman, Chain, *Justice and Reasoning*, Chapter 8, *Law, Reason, and Justice*, Essays in Legal Philosophy, New York, ed. Graham (Beynon John) Hughes, University Press, 1969.

Pérez Lledo, Juan A. *Teorías Críticas del Derecho*, en Garzón Valdés, Ernesto *et. al.* (comp.), *El derecho y la justicia*, Madrid, ed. Trotta, 2000.

--"Teorías Críticas del Derecho", en Garzón Valdés, Ernesto *et. al.* (comp.), *El derecho y la justicia*, Madrid, ed. Trotta, 2000.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Seguridad Jurídica en El derecho y la justicia*, Compilación Ernesto Garzón Valdés *et al.*, Madrid, Trotta, 2000. Pérez Varela, Víctor Manuel, *Argumentación Jurídica* ed. Oxford, México 2011..

Philips, Christopher, *Seis Preguntas de Sócrates*, ed. Taurus, México, 2005.

Piña Chan, Román, *Quetzalcóatl. Serpiente Emplumada*, Lecturas Mexicanas, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

Popper, K.R, *Escritos Selectos*, ed. Fondo de Cultura Económica, Miller David (compilador), 2ª reimpresión, México, 2006.

Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*, 21ª e., México, Porrúa, ed. 1987.

Posner, Richard A. *How Judges Think*, ed. Harvard University Press, Harvard 2010.

Prieto Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, ed. Trotta, 2009.

R.

Radipati, B.D.D., *Legal Semiotics and Normative Imposition in an African Context. The case of the San /Bushmen*. Publicado en *Conscience, Consensus, & Crossroads in Law*. Eight Round Table on Law and Semiotics, New York., ed. Roberta Kvelson Peter Lang Publishing, Inc., 1995.

Redondo, María Cristina, *Justificación de decisiones judiciales en Jueces y Derecho*, en Carbonell, Miguel *et. al.* (comp.), México, ed. Porrúa, 2004.

Rodríguez H. Gabriela, *Normas de Responsabilidad Internacional de los Estados en Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (comp), Martín, Claudia *et. al.*, ed. Fontamara, México 2006

Robles Sotomayor, María Elodia, *Caos y Derecho en Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, comp., ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, *Metodología Jurídica*, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, México, ed. Oxford, 2001, pp. 82 y 83

Rodríguez, César, *La decisión judicial el debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes, 4ª reimp, ed. Siglo del Hombre Editores, Colombia, 2002.

Rolla, Giancarlo, *El Difícil Equilibrio entre el Derecho a la Información y la Tutela de la Dignidad y la Vida Privada. Breves Consideraciones a la Luz de la Experiencia Italiana*, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional julio-Diciembre, México, 2002 ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Romero Pérez, Jorge Enrique, *La sociología del derecho en Max Weber*, ed. Universidad de Costa Rica, 1975.

Rosenkranz E. Joshua, *Reason and Passion K Justice Brennan's Enduring Influence*, ed. W.W Norton and Company, New York London, 1997.

Ross, Alf. *et al*, *Law, reason and justice*, Essays in legal philosophy, ed. Graham (Beynon John) Hughes, New York New York Univ. Press 1969.-XIII, (Studies in peaceful change)

Ruiz Manero, Juan, *Principios Jurídicos en El derecho y la justicia* compilación editada por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, 2da ed., Madrid, ed. Trotta, 2000.

Sánchez, Luis Manuel. *Después del positivismo Re-sustantivando el derecho*, ed. Fontamara, México, 2011.

S.

Sánchez Moreno, Manuel, *Enfoque de derechos humanos en el desarrollo. Aspectos teóricos y metodológicos*, en Revista de Fomento Social enero-marzo 2011, número 261, volumen 66

Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas Ideológicos y Control Social*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2004.

Santiago Nino, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, 11ª ed. Ariel, Barcelona 2003.

Suances Marcos, Manuel; Villar Ezcurra, Alicia., *El irracionalismo*, ed. Síntesis, Vol. I y II, Madrid, 2000.

Savater, Fernando, *Los Diez Mandamientos en el Siglo XXI*, ed. Debolsillo, México 2005.

Scarpelli, Uberto, *Ethics, Language and Reason*, published in *Law and Language, The Italian Analytical School*, ed. Anna Pintore and Mario Jori, Liverpool, 1997.

Schmill Ordoñez, Ulises, *El Positivismo Jurídico*, En *El Derecho y la Justicia*, ed. Trotta, Madrid, 2000.

Shopenhauer, Arthur. *El arte de tener razón, (expuesto en 38 estratagemas)*. Trad. Garzón, Dionisio, ed. Biblioteca EDAF. Madrid 2008.1

Schwanitz, Dietrich, *La Cultura, todo lo que hay que saber*, 6ª. ed., Taurus, México 2004.

Schwartz, Bernard. *et. al. How Justice Brennan Changed America*, W.W. Norton & Company, New York, London, 1997, ed. The Brennan Center of Justice at NYU School of Law.

Searle, John R., *The Construction of Social Reality*, ed. Penguin Books, England by Clays Ltd. St Ives plc, 1996.

Smith, Adam, *La teoría de los sentimientos morales*, ed. Alianza, Madrid, 2011

Smith, Leiden, C.E. Sincerity in Legal Argumentation Theory. Published in Logic, Argumentation and Interpretation/Lógica, Argumentación e Interpretación. Proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005 Volume V. ed. Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2007.

Sobrevilla, David (compilador), *El derecho, la política y la ética*, México, ed. Siglo XXI Editores, 1991, p. 14.

T.

Tamayo y Sallmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

Tarnoi De Tharno, Laszlo, *Legal Reasoning in History*, in *Legal Reasoning*, proceedings of the world Congress for Legal and Social Philosophy, ed. by Herausgegeben von Hubert Hubien, Bruxelles, 1971.

V.

Vázquez, Rodolfo. *Estado de derecho, una justificación*. En Carbonell Miguel, comp. *et.al.* en *Estado de derecho*, ed. Siglo XXI, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Tecnológico de México, 2002.

Venturi, Elton, *¿Qué significa tutela jurisdiccional colectiva?* En *Código Modelo de Procesos Colectivos, Un diálogo iberoamericanos, comentarios por artículo*, coord.. Gidi, Antonio; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2008

Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, ed. Gedisa, Barcelona 1997

Villalba Vargas, Reinaldo. *Obligaciones de los Estados en Relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en Octavio Cantón J. [coord.] *Derechos Económicos Sociales y Culturales*, ed. Porrúa 2004.

Vogel, Carl. *Law matters, syntax matters and semantics matters in Formal Linguistics and Law*. Günter Grewendorf, *et. al.*, ed. Mouton de Gruyter, Berlin, New York, 2009.

W.

Weber, Max, *Economía y Sociedad*, trad. Medina Echavarría, José, *et. al.*, ed. Fondo de Cultura Económica, XVIII reimp. México 2012.

--*Conceptos sociológicos fundamentales*, ed y trad. Abellán, Joaquín, Alianza Editorial, 1^a ed. 2006, 1reimp. Madrid 2010.

Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, ed. Ariel Barcelona 2004.

Wittgenstein, Ludwin, *Sobre la certeza*, Barcelona, ed. Gedisa, 2003.

Wróblewsky, Jerzy, *Legal decision and its justification*, en *Legal Reasoning, Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy*, Bruxelles, Hubert Hubein 1971.

Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, ed. Distribuciones Fontamara, S.A., 2001.

Z.

Zaccaria, Guiuseppe., *Razón jurídica e interpretación*, Madrid, ed. Civitas, 2004.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, ed. Trotta, Madrid, 2003

-- *et. al.*, *La exigencia de Justicia*, Traducción de Miguel Carbonell, ed.,Trotta, Madrid 2006,

DICCIONARIOS.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21° ed., Espasa Calpe S.A., 2001.

Diccionario Histórico Judicial de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo III, 2010.

REVISTAS.

Estudio de Opinión sobre la Satisfacción de los Usuarios de Justicia Ofrecido por los Órganos de Impartición de Justicia en México 15/02/2010, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Área de Investigación Aplicada y Opinión.

Congreso Iberoamericano de Derechos Humanos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002

• FUENTES ELECTRÓNICAS

Bielsa, Toni, *Placer y Deseo en la Teoría Kantiana de la Acción*, <http://www.raco.cat/index.php/convivium/article/viewFile/73384/98504>, (PDF), Universidad de Barcelona, (consulta 29 octubre 2012).

Gómez Romero, Luis, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/9/dtr/dtr4.htm>.

<http://www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%2013.htm> (5 de marzo de 2012).

<http://aitopics.net/Emotion>

http://www.youtube.com/watch?v=lcb_rMhJQTI

http://www.revista.unam.mx/vol.7/num3/art19/mar_art19.pdf

<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=330>

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf

<http://www.filosofia.org/cla/ari/azc0204a.htm>

<http://www.google.com.mx/search?sourceid=navclient&aq=0&oq=codigo+de+defensa+social+&hl=es&ie=U>

http://www.indigenas.bioetica.org/fallo17.htm#_Toc112931138

<http://yosoytuvida.blogspot.mx/2010/06/in-lakech-hala-ken.html>

http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/INVESTIGACION_Satisfaccion_de_los_usuarios.pdf

http://www.pulso.com.mx/encuestas_encuestaspublicadas/Poder_Judicial_de_la_Federacion.pdf

http://www.scjn.gob.mx/Documents/Informe_Preliminar_Comision_ABC.pdf

<http://www.senado.gob.mx/gace61.php?ver=gaceta&sm=1001&id=12767&lg=60>

TF-

[8&rlz=1T4RNTN_esMX360MX360&q=codigo+de+defensa+social+del+estado+de+puebla](http://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/1899/1/images/principales_cifras_2009_2010.pdf)

http://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/1899/1/images/principales_cifras_2009_2010.pdf

http://www2.scjn.gob.mx/ministrogudino/documents/articulos/control_difuso.pdf

<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/proceso%20legislativo%20amparo.pdf#page=3>

<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf

http://es.wikipedia.org/wiki/La_%C3%BAltima_tentaci%C3%B3n_de_Cristo

• **FUENTES JURISPRUDENCIALES (SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA)**

- 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Julio de 2003; p. 164
- 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Marzo de 2010; p. 923
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIV, Octubre de 2001; p. 15
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIX, Abril de 2004; p. 96
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006; p. 6
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006; p. 5
- 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Septiembre de 2009; p. 2982
- 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Octubre de 2007; p. 3325
- 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XIV, Septiembre de 1994; p. 410
- 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Diciembre de 2002; p. 61
- 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Diciembre de 2002; p. 241
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Agosto de 1999; p. 5
- 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; p. 535
- 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; p. 552
- 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; p. 551
- 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Marzo de 2010; p. 3022
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Octubre de 2000; p. 32
- 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Enero de 2009; p. 547
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XV, Febrero de 2002; p. 588
- 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro VII, Abril de 2012, Tomo 1; p. 882.
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; p. 6
- 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Mayo de 2010; p. 2079
- 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1; p. 503
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Agosto de 2003; p. 54
- 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Diciembre de 2010; Pág. 646
- 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Agosto de 2010; Pág. 329
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XI, Junio de 2000; Pág. 13
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Abril de 2009; Pág. 1124
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Febrero de 2008; Pág. 1343
- 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VII, Abril de 1998; Pág. 117
- 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVII, Febrero de 2003; Pág. 96
- 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1; p. 503
- 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3; p. 2034
- 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Septiembre de 2011; p. 2129