

CAPÍTULO PRIMERO	
UN ARGUMENTO JURÍDICO . . . . .	1
I. Los albores . . . . .	
II. Características esenciales de la justicia . . . . .	2
III. Conceptos de nuestra tradición filosófica . . . . .	4
IV. La saga del veinte . . . . .	16
V. Los años de la universalización . . . . .	30
VI. Atrás de la cortina . . . . .	59
VII. Un recuento oportuno . . . . .	66
VIII. Un constitucionalismo paradigmático . . . . .	77
IX. La jurisprudencia mexicana . . . . .	102
X. Tendencias de la justicia . . . . .	185
XI. En el quiebre del milenio . . . . .	207
XII. Rawls y más allá . . . . .	245
XIII. Justicia política . . . . .	279
XIV. La jurisdicción internacional . . . . .	295

## CAPÍTULO PRIMERO

### UN ARGUMENTO JURÍDICO

#### I. LOS ALBORES

Desde los presocráticos, el sentido del orden ha sido el *desideratum* crucial del tema de la justicia entre los hombres. Algo es injusto simple y llanamente cuando vulnera o desequilibra el orden en el que se incorpora. Platón le adosa un sentido moral al concepto de justicia al estimarla como un bien superior a la felicidad misma, surgiendo como una auténtica virtud. Ya el estagirita, discípulo de aquel pensamiento, la ubica como la función primordial del poder político.

Los romanos, creativos impulsores del pensamiento helénico acomodado a su propia cultura, entienden a la justicia con un marcado acento subjetivo. Lo *iustum* es precisamente lo que se acomoda al *ius*. Así pues, la voluntad clara de acatar al derecho era *per se* justa. La perseverancia en esa voluntad sirvió de cimiento firme a la construcción de la idea de justicia; Ulpiano, lo hemos estudiado hasta la saciedad, indicó: justicia es *la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, es decir, su derecho*.

El *suum cuique tribuere* al lado de otros dos principios fundamentales, el *honeste vivere* y el *alterum non laedere*, son asumidos como los pilares básicos en torno al entendimiento o comprensión del derecho: su fin esencial. El avance del cristianismo desembocó en el pensamiento aristotélico-tomista que en resumidas cuentas, al abordar la justicia debatiéndose entre las preeminencias que se debían otorgar a dicha virtud y a la caridad cristiana, venciendo esta última en todos los principios religiosos, resolvió adoptar el criterio romanista del *dar a cada quien lo suyo*. Junto con Aristóteles, Santo Tomás reconoce una justicia general y otra particular, y ésta a su vez, concebida no como aquélla en el bien común, sino en las relaciones interpersonales, se subdivide en una justicia distributiva y una justicia conmutativa.

Los trabajos de Hugo Grocio en los umbrales del Renacimiento no sólo llevan a la edificación de la idea y concepto del Estado moderno, sino que brindan cauce adecuado para el muy duradero *iusnaturalismo* que veía a la justicia como un imperativo de la ley natural, por supuesto a ella y sólo a ella debía acomodarse la ley humana. La respuesta única del absolutismo no se hace esperar y prevalece hasta el XVIII como el poder de los monarcas y, por ende, de su normativa positiva, hija de su autoridad omnipotente.

Éste es el antecedente remoto y muy precario de los vigentes empeños positivistas que aclamaron la idea de la neutralidad ética del derecho, y recordemos el *relativismo* kelseniano imponiendo la idea de que el derecho es únicamente el *establecido* por el poder político. La sinonimia entre justicia y legalidad cobra su máxima expresión: lo vigente es válido en sí mismo.

Hoy por hoy todo eso que es suma de ideas —acumulación de obras, diría Recaséns— sin desecho alguno, según los criterios de construcción de las ciencias humanistas o sociales, vive una auténtica revolución a la luz de conceptos que deben investir a la connotación de justicia, como son los de igualdad y libertad, democracia y soberanía, regionalismo y mundialización.

## II. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA JUSTICIA

El estudio académico del concepto ha generado esas características mínimas y fundamentales que hallamos en la alteridad, lo debido como objeto y la igualdad en tanto instrumento de medida. El conflicto o altercado que hace moverse a la justicia implica, por supuesto, ese carácter de *alteridad*, la cualidad de referirse a otro. Esto genera los conceptos de *lo mío* y *lo tuyo* y es la referencia de lo intersubjetivo; el hombre es entonces ligante dado que es capaz de insertar a cada uno en su propia estructura, y separante pues señala a cada cual su propio ámbito o recinto de acción jurídica. Lo *debido como objeto* implica en el concepto de justicia el que *algo* siempre pertenece a *alguien* y todos lo reconocen, y ese *algo* es precisamente *lo debido*. La igualdad como medida se inserta imprescindiblemente al concepto de justicia para precisar con exactitud lo que

corresponde a cada uno y es en torno a este concepto crucial que animamos este trabajo.<sup>1</sup>

¿Pero cuáles han sido esos factores ideáticos que más han influido al concepto de justicia? Debemos anotar en las breves —escasas desde diversos puntos de vista— líneas de este documento precisamente a la igualdad, al orden, la armonía y el respeto. Para ir decantando el punto nodal al que queremos llegar, afirmemos con pluma ligera y sin pretensiones conceptuales de alta escuela que por ahora asumimos a la *igualdad* como ese aspecto simple, y mayestático a la vez, que encontramos al hurgar en el concepto de justicia y que nos dicta que las personas deben ser reconocidas como iguales, y en esa medida, esencial, ejercer su función. Ese principio de igualdad relacionado con la justicia ha de suponer un trato igual para los iguales y desigual para los desiguales; las diferencias han de ser esenciales, implicantes pues, de un trato desigual imperativo y no meramente contingente, como desigualdades raciales, religiosas o de sexo que se resuelven, según se trate, por las igualdades o diferencias en cada caso.

El clasicismo refirió el concepto de igualdad con el de proporcionalidad que nos obliga en el trato igual a buscar lo *adecuado* a las circunstancias de las personas; así, hallamos o no diferencias esenciales o relevantes para justificar un trato desigual. El orden, que tanto preocupó en estos debates a los filósofos pre y socráticos, es la disposición armoniosa y concertada de las cosas; la colocación de las mismas en el lugar que les corresponde. En materia de justicia, vemos el orden en cuestiones de hecho, estrictamente fácticas, que imperan en la sociedad y sus expresiones básicas como la familia. Para poder garantizar a una persona un desarrollo adecuado y su tendencia al perfeccionamiento, es necesario que la justicia impere a través de que cada cual sepa lo que le corresponde. De dicho orden deriva necesariamente el factor de la armonía, pues pervivirá cuando en las relaciones entre los hombres todos tengan reconocido lo que es suyo y su lugar en la sociedad se encuentre bien determinado.

El respeto es *conditio sine qua non* para que la justicia impere en estos acercamientos iniciales. No basta reconocer a cada uno lo que le corresponde o pertenece, sino que es necesario guardar el debido respeto en aras de no invadir las esferas de otro y a las que no se tiene acceso.

<sup>1</sup> González de la Vega, René, *La justicia: logros y retos*, México, FCE, 1993.

### III. CONCEPTOS DE NUESTRA TRADICIÓN FILOSÓFICA

A la luz de lo anterior no resulta extraño que Stammler<sup>2</sup> nos indique, dentro de su axiología formalista, que *la justicia es la idea de la rectitud aplicada al querer entrelazante, a lo social*. Nos dice que es: *armonía permanente y absoluta del querer social en todas sus posibilidades habidas y por haber*.

Una *comunidad pura* es el enlace entre los fines de diversos hombres, no tomando jamás como criterio un afán de validez sólo subjetiva. Conforme a esta idea los hombres se ligan unos a otros conservando en todo momento el carácter de fines autónomos (esto es, ningún hombre debe ser considerado, en su calidad de persona moral, como mero medio para otro). Un querer entrelazante de tal tipo representa una *comunidad de hombres libres*, o expresado de modo más riguroso, la comunidad de hombres librevolentes,<sup>3</sup> o sea que quieren la armonía objetiva, exentos de motivaciones meramente individuales y concretas.<sup>4</sup>

Para Giorgio del Vecchio<sup>5</sup> la idea de justicia puede resumirse en que:

Contiene los siguientes elementos: la *alteridad o bilateralidad*, propia de toda determinación jurídica, esto es, la simultánea consideración de varios sujetos, puestos igualmente sobre un mismo plano, o representados uno en función del otro; la *reciprocidad* o correlación inescindible, por lo cual la *afirmación* de una personalidad en esta forma, es al mismo tiempo una *limitación* respecto a la personalidad de otro, necesariamente afirmada en el mismo acto.

<sup>2</sup> Stammler, Rudolf, *La esencia del derecho y de la ciencia del derecho*, Madrid, Espasa-Calpe, 1958; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1921; *Economía y derecho*, Madrid, Reus, 1929.

<sup>3</sup> Luis Recaséns Siches nos explica el término de Stammler: “con esto se denota que la organización jurídica debe ser de tal modo que no mande en ella ninguna voluntad particular determinada por móviles singulares o egoístas, ningún afán singular, sino una voluntad puramente racional, libre de cualquier singularidad, como ley universal”. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, t. I, p. 63.

<sup>4</sup> Stammler, Rudolf, *La esencia del derecho...*, cit., nota 2, p. 12.

<sup>5</sup> Vecchio, Giorgio del, *La justicia*, Roma, Estadio, 1959, p. 76; *Supuestos, conceptos y principios del derecho*, Barcelona, Bosch, 1962.

Hemos estudiado y criticado en distintas obras ya publicadas por quien esto escribe<sup>6</sup> el pensamiento kelseniano<sup>7</sup> y en este caso específico el *relativismo axiológico* que desconoce, en quince brillantes ensayos en *¿Qué es la justicia?*, y todo esfuerzo por estructurar una axiología jurídica por falta de asideros científicos para ello y por ende reniega de la posibilidad teórica de encontrar en la idea de justicia un ingrediente digno del estudio del jurista.

Llamaríase justo —explica el maestro austriaco en esa colección— el orden social que regulase la conducta de los hombres de un modo satisfactorio para todos, de suerte que todos hallasen en este orden su felicidad. Justicia es, pues, felicidad social, felicidad de todos, garantizada por un orden social.

Pero entonces Kelsen se pregunta ¿qué es la felicidad? Y se contestaba que en el sentido original y auténtico felicidad individual es lo que satisface a un individuo. Y esto en la realidad social no resulta posible pues asumiríamos una sumatoria de cada individualidad hasta lograr la total, la absoluta. Tampoco, continúa diciendo, “es válido decir que justo es el orden social que trata de producir, no la felicidad individual, de cada uno, sino la mayor felicidad posible del mayor número de individuos”. Traigamos una de sus argumentaciones centrales de esa misma colección:

El problema de la justicia surge precisamente cuando hay un conflicto de intereses. Un conflicto de intereses existe cuando un interés puede ser satisfecho sólo a costa del otro; o, lo cual equivale a lo mismo, cuando hay un conflicto entre dos valores, y no es posible realizar ambos al mismo tiempo; cuando uno puede cumplirse sólo si el otro es sacrificado; cuando es necesario preferir la puesta en práctica del uno a la del otro; cuando hay que decidir cual de los dos tiene mayor rango, y finalmente: averiguar cual es el valor supremo. En la práctica, el problema de los valores suele pre-

<sup>6</sup> González de la Vega, René, *Tratado sobre la Ley Penal Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2003; *Ciencia jurídico penal*, México, INACIPE, 2003.

<sup>7</sup> Kelsen, Hans, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922; *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946; *¿Qué es la justicia?*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1956; *¿Qué es la teoría pura del derecho?* México, Fontamara, 2000; *Introducción a la teoría pura del derecho*, UNAM, 1960.

sentarse ante todo como problema de conflicto entre valores, así: entre el valor de la vida individual y el valor del honor de la nación; entre el valor de la vida biológica y el valor de la libertad individual; entre el valor de la seguridad social y el valor de la libertad de la persona; entre el valor de decir la verdad y el valor de la libertad del miedo; entre el valor de la verdad, en la información al público, y el interés del Estado.

A ello razona Recaséns: “según Kelsen esos conflictos no pueden ser resueltos sobre la base de una consideración racional científica. Tales conflictos pueden ser juzgados solamente desde el punto de vista de una convicción subjetiva. La respuesta es siempre un juicio de valor relativo, relativo a lo que el sujeto estime como supremo valor”.<sup>8</sup>

El párrafo más relevante de su tesis relativista es:

Si la historia del pensamiento humano prueba algo es solamente la futilidad del intento de establecer, por la vía de consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de conducta humana, es decir, una norma de conducta humana como la única justa, excluyendo la posibilidad de considerar también como justa la norma opuesta. Tan sólo valores relativos son accesibles a la razón humana; y esto significa que el juicio que declara que algo es justo no puede hacerse con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio contrario de valor. La justicia absoluta es una idea irracional o, lo que es lo mismo, una ilusión... Desde el punto de vista del conocimiento racional, hay sólo intereses de los seres humanos, y, por lo tanto, conflictos de intereses. La solución de esos conflictos puede producirse ora satisfaciendo un interés a costa del otro, ora mediante compromiso entre los intereses en conflicto. No es posible probar que solamente una solución o la otra es justa.

El maestro español precitado afirma en comentario a estas aseveraciones del *relativismo* vienés, que “Kelsen dice algo que es azorante y que resulta inesperado después de lo que él sentó antes. ¿Cuál es la moral de esta filosofía relativista de la justicia? ¿Es que esa filosofía tiene alguna moral? ¿No es el relativismo amoral o incluso inmoral? ¿Es el relativismo incompatible con la responsabilidad moral? ¡Todo lo contrario!” Y en palabras de Kelsen explica:

<sup>8</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 3, p. 191.

La doctrina de que los principios morales constituyen solamente valores relativos no significa que no constituyan valores; significa que no hay un solo sistema moral, sino que hay varios diferentes, y que, por lo tanto, se debe elegir entre ellos. Así pues, el relativismo impone al individuo la difícil tarea de decidir por sí mismo lo que es justo y lo que es injusto. Esta es la más seria responsabilidad que un hombre puede asumir. Si los hombres son demasiado débiles para cargar con esta responsabilidad, la pasan a una autoridad por encima de ellos, al gobierno, y, en última instancia, a Dios.

Ante ello Recaséns reacciona y nos explica este pensamiento; explicación con la que no solamente coincidimos sino que trae a colación un valor fundamental que abordaremos líneas adelante: la tolerancia. Nos comenta el maestro hispano: “Ahora bien, sucede que a continuación Kelsen habla de que su filosofía relativista de la justicia implica ciertamente un especial principio moral, el principio de la tolerancia, o sea de la comprensión simpática de las creencias religiosas o políticas de los demás, desde luego sin aceptarlas, pero sin impedir su libre expresión. No se trata como nos enseña Recaséns, de una tolerancia absoluta, sino solamente de la tolerancia dentro de un orden jurídico que garantice la paz, mediante la prohibición y la prevención del uso de la fuerza entre los sometidos a este orden, pero sin prohibir ni impedir la expresión pacífica de las ideas”.<sup>9</sup>

Sabemos que no es la tolerancia sino la intolerancia la que causa desorden y por tanto injusticia. Justicia pues, finalmente para Kelsen, es aquel orden social bajo cuya protección puede prosperar la búsqueda de la verdad.

Digamos con Recaséns:

Lo que pasa es que Kelsen, cegado por el prejuicio de agnosticismo, no quiere ponerse a aclarar las razones por las cuales él prefiere su sistema, el humanista liberal. Sucede que Kelsen ve que su sistema es el mejor, el justificado; pero cree que una justificación, para ser tal, tendría que ser tan sólo una justificación racional científica, y como no puede dar una justificación de este tipo, entonces renuncia a buscar cualquier otro tipo de justificación, sencillamente porque cree que no lo encontraría, porque cree que no lo hay. Y, no obstante, Kelsen siente que su sistema es el justo; pero no

<sup>9</sup> *Idem.*



sabe como explicarlo en términos de evidencia para la demás gente. Se trataría de una especie de justificación inefable.<sup>10</sup>

A eso el propio Recaséns arriesga su opinión personal aduciendo que “mi oposición significa tan sólo un rechazar que los valores puedan ser reducidos meramente a proyecciones de hechos psíquicos. En este sentido sostengo que hay en los valores dimensiones objetivas, es decir, que trascienden los confines de la pura subjetividad individual, o los confines de las convicciones sociales vigentes en cierto grupo”.<sup>11</sup>

Ya Lask<sup>12</sup> se preguntaba en torno al futuro de la *iusfilosofía*, si el valor jurídico es derivado o autónomo. En su hora la cuestión radicaba en un par de posiciones bien diferenciadas. La primera de ellas sostuvo que no hay más valores que los personales y por ello el derecho es un medio puesto a su servicio. La segunda por la que se inclinó el autor establecía que al lado de valores éticos del individuo hay valores específicamente transpersonales cuya esfera positiva de realización es la sociedad. Su preocupación consistió en la forma en que se ubican estos valores sociales con los éticos individuales y en todo caso de qué manera se coordinan con éstos y con toda la gama de valores culturales.

Radbruch<sup>13</sup> a su vez reflexionó en torno a nuestro tema y al preguntarse desde la atalaya kantiana ¿cómo es posible el fin jurídico elegido?, se responde:

Esto equivale a preguntarse sobre qué supuestos deben reconocerse para aceptar dicho ideal de justicia y no otro. Expresándolo de un modo plástico podríamos decir que la filosofía del derecho estudia los ideales de justicia por arriba y por abajo: por arriba, en cuanto considera cuáles son las estructuras políticas que corresponden a cada una de las bases posibles (personalismo, transpersonalismo y culturalismo); por abajo, en cuanto inquiriere cuáles son los supuestos indispensables que lleva implícito cada uno de estos tres fines jurídicos, o sea, cuáles son los respectivos cimientos ideológicos sobre los que se apoyan.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> Lask, Emil, *Rechtsphilosophie*, 1907; *Gesammelte Schriften*, 1923, t. I, p. 53.

<sup>13</sup> Radbruch, Gustav, *Grundzuege der Rechtsphilosophie*, 1914; “Introducción a la ciencia del derecho”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1930; *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 1955, pp. 44 y ss.

No es difícil deducir desde el pensamiento que sobre los ideales jurídicos nos plantea el profesor europeo que la teoría de la justicia está basada en una doctrina de las ideas políticas que estima siempre no sólo la estructura característica de ellas, o los medios a elegir, sino que todo se monta en las raíces ideológicas y su desarrollo programático. Esto nos empieza a llevar al punto de arribo de este trabajo. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial el propio Radbruch, ya consciente de ese poderío ideológico, advirtió:

La ciencia del derecho debe reflexionar nuevamente sobre la milenaria sabiduría que afirma que existe un derecho superior a la ley, un derecho natural, un derecho divino, un derecho racional, según el cual la injusticia es siempre injusticia aun cuando a esta injusticia se la moldee en las formas de una ley.

No podemos soslayar el pensamiento de Max Ernst Meyer<sup>14</sup> en torno a sus *normas de cultura* que finalmente determinan al derecho hacia lo justo:

La idea de la humanidad no se realiza en el derecho de modo inmediato. Ella no plantea exigencias al derecho, no dice lo que ahora y aquí debiera ser derecho. Esto nos lo dice bien el ideal jurídico, que está condicionado por el eventual estado cultural, y por consiguiente cambia y vale en cada caso para un nivel cultural determinado. Los ideales jurídicos son, a su vez, partes integrantes de los eventuales ideales culturales, y éstos son las formas de manifestación de la idea de la humanidad, que gozan de validez universal. El ideal cultural se manifiesta en las normas de cultura, que son normas por las que una comunidad exige el comportamiento correspondiente a su interés. Por ello, las normas de cultura son los modelos ideales para la creación de las normas jurídicas.

En este análisis estrictamente recordatorio, base de argumentaciones posteriores, no podemos dejar fuera el ataque furibundo de Ihering<sup>15</sup> a la llamada *jurisprudencia conceptualista* como manifestación decantada del pandectismo, que lo llevó a formular los criterios básicos de un dere-

<sup>14</sup> Meyer, Max Ernst, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Labor, 1937, pp. 127 y ss.

<sup>15</sup> Ihering, Rudolf von, *El fin del derecho, la dogmática jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1946; *La lucha por el derecho*, México, Cajica, 1957; “Jurisprudencia en broma y en serio”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

cho reconducido a la realización práctica de determinados fines. Nace así la llamada *jurisprudencia de intereses* en Alemania. Es, en rigor, una actividad judicial que se guía por los resultados, esto es, una jurisprudencia de realidades.

El mismo Ihering, tras su sarcástica exposición en torno al método deductivo-silogístico usado por esos romanistas de la jurisprudencia conceptualista y divertirnos con su *cielo de los conceptos jurídicos*, se ocupa de los problemas que acarrea la aplicación de las normas generales a los casos concretos, es decir, desde la más pura abstracción normativista hasta la sentencia judicial. Para él, el derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por las normas generales, sino el vivido en la realidad por las personas y que se mira en esas sentencias.

Insiste en que los conceptos abstractos y generales contenidos en la norma *no son los padres* sino más bien los hijos del razonamiento que estuvo presente, primero, en las mentes de los hacedores de leyes. Para él, los contenidos de las normas jurídicas son de índole alógica, lo que contradice seriamente a la jurisprudencia conceptualista que precisamente cree en conceptos propios de contenido determinado y elaborados *a priori*, ajenos a toda contradicción y representantes de esa norma suprema. “El fin es el creador de todo derecho; que no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico”.<sup>16</sup>

Al decir esto Ihering significa que el derecho “no es la cosa más alta que hay en el mundo, no es un fin en sí mismo. Es solamente el medio al servicio de un fin”. Ese fin es por supuesto la pervivencia de la sociedad. *La finalidad del derecho*, nos dice, *es la protección de intereses*. Él reconoce por una parte (*El fin del derecho*) una armonía entre los intereses individuales y los sociales, y por otra (*La lucha por el derecho*) una oposición entre intereses y considera desde luego los conflictos, llevándonos de la mano a los contenidos y factores esenciales de la justicia. Dejemos las líneas centrales del pensamiento filosófico volcado a la llamada *jurisprudencia de intereses*:

El juez debe inspirarse en las valoraciones que orientaron al legislador y que éste adoptó como criterios determinantes de sus normas. El juez no debe dedicarse a juegos lógicos, los cuales carecen de toda base seria y

<sup>16</sup> Ihering, Rudolf von, *La lucha...*, *cit.*, nota 15.

muchas veces conducen a tremendos desaguisados, a soluciones descabelladas, y a injusticias irritantes. Los jurisconsultos alucinados por el fetichismo de los conceptos abstractos y los textos legales habían abandonado todo sentido de responsabilidad y, al igual que Pilatos, se lavaban las manos diciendo: “Yo no tengo la culpa; la culpa la tienen los conceptos”.

Cuando Recaséns comenta las aportaciones de Rümelin<sup>17</sup> a esta jurisprudencia de intereses, dice con toda claridad que “hay casos en que surgen nuevos conflictos de intereses, que no fueron previstos por el legislador, ni en términos particulares, ni siquiera tampoco de un modo general. Cuando esto ocurre, el juez debe basarse sobre su propia estimación, aunque para ello debe tomar como norma, siempre que esto sea posible, las pautas de las convicciones sociales vigentes en su época. De hecho, los jueces en Alemania, antes y después de la promulgación del Código Civil, se han referido en sus sentencias a las ideas de «lo razonable», «lo justo», «la conformidad con la naturaleza de las cosas», y «la buena fe». Con estas expresiones, en realidad apuntaban a las necesidades de la vida práctica en cada momento histórico, estimadas desde el punto de vista de la justicia”.<sup>18</sup>

Veamos con Philipp Heck<sup>19</sup> las ideas fundamentales de la jurisprudencia de intereses que nos resultan atractivas:

a) El juez está obligado desde luego a obedecer el derecho positivo. La función del juez consiste en proceder al ajuste de intereses, en resolver conflictos de intereses del mismo modo que el legislador. La disputa entre las partes le presenta un conflicto de intereses. Ahora bien, la valoración de los intereses llevada a cabo por el legislador debe prevalecer sobre la valoración individual que el juez pudiera hacer según su personal criterio.

b) Las leyes aparecen incompletas, a veces inadecuadas, incluso contradictorias, cuando se las confronta con la riquísima variedad de problemas que los hechos sociales van suscitando sin parar en el correr de los días. El legislador en nuestro tiempo debiera esperar del juez, no que éste obedeciese literalmente, de un modo ciego, las palabras de la ley, sino que, por el contrario, desarrollara ulteriormente los criterios axiológicos en los que se inspira, conjugándolos con los intereses en cuestión.

<sup>17</sup> Rümelin, Gustav, *Die Gerechtigkeit*, 1875.

<sup>18</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 3, p. 273.

<sup>19</sup> Heck, Philipp, *Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz*, 1937.

Para brindarle fijeza a tales ideas, digamos con Carnelutti:<sup>20</sup>

Así, el derecho verdaderamente culmina en el juicio, no solamente porque sin juicio no podría la ley obrar, sino además porque sólo en el juicio puede componerse la lucha entre la ley y el hecho. El legislador tiene las enseñanzas de la soberanía; pero el juez tiene sus llaves. ¡Tan cierto es que la ciencia del derecho no puede reducirse a nomología!

En ese sendero de tanta relevancia camina, entre otros *iusfilósofos*, el portugués Cabral de Moncada<sup>21</sup> que afirma:

En otras palabras: la jurisprudencia, después de haber captado su objeto (la cultura histórica), lo reelabora, lo construye, lo manipula con una intención esencialmente práctica, de continuar y prolongar la vida, de que él es ya una expresión inmediata, por medio de una serie de nuevas operaciones mentales y espirituales que lo transforman, a su vez, en objeto ideal y en valor.

Y si la justicia como valor encierra valor, abominada por la *teoría pura* que se contentó con construir todo un mundo de conceptos abstractos solamente para contemplar y vivir amurallada, ajena a la vida, muy parecida al álgebra, tenemos que señalar con García Máynez,<sup>22</sup> un rigorista jurídico extraordinario quien reconoció:

En presencia de dos enunciaciones contradictorias podemos afirmar que no son ambas correctas; pero la pauta para decidir cuál es verdadera y cuál falsa no nos la brinda el principio lógico. Este problema no pertenece al campo de la lógica pura, sino al de la teoría del conocimiento, y su solución presupone la existencia de un criterio de verdad.

Otro latinoamericano muy relevante en los estudios sobre la justicia es sin duda alguna Llabrás de Azevedo<sup>23</sup> quien nos ilustra convenientemente

<sup>20</sup> Carnelutti, Francesco, *Teoría general del derecho*, Madrid, 1944.

<sup>21</sup> Cabral de Moncada, Luis, *Problemas de filosofía política: Estado, democracia, liberalismo, comunismo*, Coimbra, Amado, 1963.

<sup>22</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1941; *Introducción a la lógica jurídica*, México, FCE, 1951; *Lógica del juicio jurídico*, México, FCE, 1955.

<sup>23</sup> Llabrás de Azevedo, Juan, *Eidética y aporética del derecho*, 1940; *Algunas reflexiones sobre la justicia y el problema del principio del derecho*, Madrid, Anuario, 1957.

mente sobre los contenidos y naturaleza de este valor, no sin criticar previamente el subjetivismo axiológico de Kelsen. Para desentrañar sus conceptos iniciales, Recaséns advierte que “de modo muy similar a como yo lo desarrollé, hace más de treinta años, Llambías de Azevedo expone que como quiera que la justicia es un criterio de medida según una idea de igualdad, ella tiene varios supuestos de hecho; y que, en rigor, no es una igualdad, sino una igualación, un tratamiento igual de las relaciones humanas; y que además, implica la referencia a determinados valores, a un principio superior, que toma en cuenta la esencia axiótica del hombre. Es decir: la idea de la justicia es formal, pero adquiere un contenido material por los valores ónticos que ella supone y relaciona”.<sup>24</sup>

El maestro uruguayo nos obsequia un párrafo fundamental que desarrollaremos *infra*, a partir de ideas más actualizadas, con el cual siembra el germen más relevante de nuestras búsquedas actuales:

Porque la persona constituye la esencia del hombre, es que el suyo primario corresponde a todos, y que la justicia es la igualdad del derecho de todos. Yo no puedo ponerme a mí solo como persona y negarle esta categoría a aquél de quien exijo el reconocimiento de mi derecho. Porque al exigirle el respeto, estoy postulando que entiende mi exigencia y que es capaz de apreciarla y de decidir en un acto libre, conforme o no su conducta a ella. Estoy postulando, así, que el otro también es persona y, por consiguiente, tengo que reconocerle el *suyo primario*. En el fondo, la persona es tal en una comunidad de personas. *Pedir justicia* es sólo una especie del género *acto social*.

Desde luego que los hombres son iguales como personas pero también son desiguales. Estas desigualdades, ya esenciales, cuantitativas o cualitativas tienen su incidencia en la justicia, la que brinda trato igual a los iguales, pero desigual a los desiguales.

Los partidarios de la egología del derecho, fundamentalmente argentinos, no están lejos de aquellas aproximaciones tan válidas en torno al concepto que ahora analizamos. Cossío dice:<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 3, p. 388.

<sup>25</sup> Cossío, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, 1944; *Panorama de la teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, 1949; *Los valores jurídicos*, Buenos Aires, 1956.

En la cuestión de como se ha de interpretar la ley, existe una realidad jurídica que es universal y que ha llegado a expresarse en la forma de un aforismo: *el juez ha de interpretar la ley de acuerdo a su ciencia y conciencia*. Sin embargo, la teoría de los métodos interpretativos ha querido suprimir nada menos que la conciencia del juez, poniendo en su lugar una receta que, al ser aplicada sobre la ley, dejaría la ley interpretada y lista para resolver todos los casos concretos. Esta rara pretensión de querer suprimir la conciencia del juez se basaría en los dos presupuestos siguientes. En primer lugar, de creer que la ley es el derecho, es decir, que la ley fuera el objeto del conocimiento; y, en segundo lugar, de creer que el juez fuera un externo al derecho, pero ambas cosas no son exactas: la ley es un consejo, no es el derecho; y además el juez es inmanente al ordenamiento jurídico, al punto de ser indudable que el derecho, en parte, es el propio hecho del juez.

El multiinvocado Recaséns Siches indica un camino tan claro como el agua para dirigir nuestros pasos en el abordaje del tema de la justicia y las igualdades:

El nudo del problema sobre la justicia estriba en averiguar cuáles son los valores que deben ser tomados en consideración por el Estado y el derecho. Este problema consiste además en determinar los puntos de vista para establecer la igualdad, cuando ésta sea imperativa por referirse a la dignidad de la persona humana, a los derechos y libertades fundamentales, y, también, en las relaciones despersonalizadas entre la prestación y la contraprestación, entre lo que se da y lo que se recibe; y para establecer asimismo una proporcionalidad por virtud de los diversos méritos de los varios sujetos.<sup>26</sup>

Nos hemos declarado partidarios del tridimensionalismo jurídico que hemos fundado en otras obras,<sup>27</sup> y aunque no es novedoso, sí resulta primordial en nuestras concepciones doctrinarias. Miguel Reale,<sup>28</sup> el eminente profesor brasileño, resume en cinco apretados puntos su pensamiento, de cuyo desarrollo y comentario más extenso nos ocupamos en otras publicaciones:

<sup>26</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 3, p. 530.

<sup>27</sup> Véase González de la Vega, René, *op. cit.*, nota 6.

<sup>28</sup> Reale, Miguel, *La teoría tridimensional del derecho*, México, 1999.

1) Se señala un momento conclusivo, pero particular. Este momento conclusivo de la norma se halla, no obstante, inserto en un *processus*, siempre abierto al advenimiento de nuevos hechos y de nuevas valoraciones;

2) La norma jurídica no tiene una significación en sí misma, como un dato matemático, o sea, como abstraída de la experiencia (*normativismo abstracto*), sino que, por el contrario, vale en la funcionalidad de los momentos que condicionan su eficacia (normativismo concreto);

3) La norma jurídica implica una previa toma de posición opcional, que se da en una decisión por parte del poder, tanto si se trata de un órgano constitucionalmente establecido para dictar reglas jurídicas, como si se trata del poder difuso en el cuerpo social, según acontece en el caso de las normas consuetudinarias;

4) La norma jurídica no puede ser interpretada ni aplicada como una simple proposición lógica. La estructura lógico-formal de la norma jurídica es el soporte de significaciones estimativas, y presupone constantes referencias al plano fáctico; y

5) La norma jurídica posee una cierta elasticidad, capaz de tomar en consideración, en mayor o menor grado, los cambios fáctico-axiológicos. Cuando tal elasticidad se vuelve incompatible con los cambios operados en el medio social, entonces se impone una revocación o una derogación de la norma y la sustitución de ésta por otra más adecuada.

Es evidente que esa apreciación del *normativismo concreto* asociada a la decisión e interpretación de la ley más allá de cualquier posicionamiento lógico-formal simplista aunque sí estimativo, y su intrínseca elasticidad, colocan al pensamiento realista en las arenas de la justicia con donaire y tersura, abundando desde sus aportaciones harto significativas en nuestras tendencias doctrinarias actuales.

Renato Czerna,<sup>29</sup> paisano de Reale, al confrontar su pensamiento montado en la idea de justicia como historia, menciona:

La justicia es el principio que hace posible la sociedad, y por ello mismo hace posible la propia vida del hombre, que es vida social. La justicia no es la expresión de una situación particular en la que el hombre se encuentra. Por otra parte, la justicia tampoco es el correspondiente de una pura exigencia universal, y de un puro ideal que esté por encima o más allá de las vicisitudes cotidianas de los individuos singulares. Por el contrario, la

<sup>29</sup> Czerna, Renato, *Naturaleza y espíritu*, Sao Paulo, Martins, 1949; *La justicia como historia*, Sao Paulo, 1952.



justicia es relación y síntesis de lo universal y lo particular. Es la relación constitutiva de toda manifestación singular de la vida humana y, así pues, el nexo inescindible por el cual es engendrada. Es al mismo tiempo tanto la tensión para los ideales, como el apego que los hombres tienen a la satisfacción de sus necesidades e intereses más particulares y contingentes. Así concebida, de modo imanentista, la justicia es un todo humano visto en su movimiento interno. Es el principio dialéctico de ese todo.

Para Czerna existe sinonimia entre justicia y dialéctica del pensamiento, esto es, aquélla se incorpora indudablemente en y con la vida misma.

#### IV. LA SAGA DEL VEINTE

El siglo que se fue nos dejó nociones bastantes y suficientes para llegar a estructurar una idea sólida de justicia según revisamos en el inciso anterior, pero es indudable que los autores invocados, cercanos todos a nuestro conocimiento e idiosincrasia, no colman un discurso que además de elocuente fue vastísimo, y de ahí que debamos continuar con esa saga del siglo XX, tan rico y prolijo en pensamiento y creación *iusfilosófica*, pero ahora desde otras atalayas del conocimiento tal vez no tan acercadas a nuestra cultura más tradicional.

Los angloamericanos con todo su pragmatismo y desde cimientos distintos en cuanto a fuentes y orígenes remotos de su sistema jurídico, que no se aviene a nuestro enfoque romanista y que ha permitido erigir el *common law*, han logrado producir una corriente filosófica maciza e influyente, no sólo en el pensamiento jurídico anglosajón, específicamente en la comunidad británica, sino en Europa continental y en nuestra Iberoamérica. Lo que ellos denominan *jurisprudencia sociológica*, en mucho parecida a la ya repasada *jurisprudencia de intereses* alemana, aunque precedente, resulta ser el basamento de sus desarrollos ideológicos.

Llegó un momento en la historia jurídica norteamericana en el que los métodos tradicionales de ese *common law* tan decantado durante el siglo XIX no lograban satisfacer a plenitud la práctica judicial cotidiana ante la catarata de cambios socioeconómicos acaecidos en el correr del siglo pasado. Lo más significativo de este cambio en las mentalidades de los *hombres de justicia* fue que al quebrar el primer tercio de ese siglo XX,

cayeron en cuenta de que la práctica de la jurisprudencia no podía seguirse basando en una estricta interpretación de las añejas fórmulas legales por la vía del puro razonamiento deductivo. Era necesario, se dijeron, proceder a una *concienzuda comprensión* y a una *correcta ponderación valorativa* de su realidad social. Oliver Wendell Holmes<sup>30</sup> ya había advertido desde fines del XIX: “El juez debe conocer y tomar en cuenta las necesidades concretas de la sociedad de su época, las doctrinas políticas que prevalecen en ésta, y las convicciones sociales, explícitas e implícitas, sobre el interés público que en ella imperan”.

Roscoe Pound<sup>31</sup> nos permite asomarnos a esa *jurisprudencia sociológica*; utiliza la voz derecho para comprender tres cosas diferentes: a) el orden jurídico positivo, b) el conjunto de criterios de que se sirve el juez para resolver litigios, y c) el proceso mismo de resolver los casos concretos según norma positiva. Lo verdaderamente relevante de esta clasificación, que no se nos olvide que procede de un *common law* que se construye a *golpes de sentencia*, o bien, *el derecho es lo que los jueces dicen que es*, es que en todos sus aspectos trata de ordenar el campo de los intereses humanos que a su vez reconocen tres clases: individuales, públicos y sociales.

En el seno de toda la filosofía jurídica angloamericana hallaremos la necesidad de encontrar los criterios fundamentales para armonizar la satisfacción de esos intereses humanos. Para Pound, el derecho tiene como fin el logro de un máximo de satisfacción armónica de los intereses humanos. El ideal de justicia del autor, sistema viable de compromisos, radica en la siguiente directriz: “Dar tanta efectividad como quepa al mayor número posible de intereses humanos, manteniendo una especie de armonía o balanza entre los mismos, compatible con la seguridad de todos ellos”.

Ese pragmatismo angloamericano nos lleva a una auténtica *ingeniería social* en la resolución de los conflictos de intereses. De lo que se trata en última instancia es de conseguir el hecho de que los bienes de la existencia, si no pueden llegar en su cabal totalidad a todos, lleguen al menos a la mayor cantidad posible de personas con el menor grado de fricción o pérdida.

<sup>30</sup> Holmes, Oliver Wendell, *The Path of the Law*, 1897.

<sup>31</sup> Pound, Roscoe, *The Need of a Sociological Jurisprudence*, Green Bag; *Justice According to Law*, Yale University Press, 1951; *The Lawyer as a Social Engineer*, Georgia, Emory, 1955.

La competencia entre individuos genera conflictos y demandas de justicia. Por lo tanto razonan que el derecho positivo tiene por finalidades: a) reconocer algunos de los intereses que demandan protección, b) definir los límites dentro de los que dichos intereses deben ser reconocidos y protegidos, a través de normas jurídicas aplicadas por el juez, y c) asegurar de manera efectiva los intereses reconocidos dentro de esos límites.

Pound insiste en que el derecho bajo esas premisas es *un instrumento para la vida social en vista a realizar fines humanos*. Por ello *la actividad judicial comprende siempre una valoración*. Para arribar bajo su pensamiento esquemático a tales propósitos, Pound nos otorga una receta de ocho puntos clave:

1. Investigación sobre los efectos sociales de las instituciones y doctrinas jurídicas;
2. Previo estudio sociológico sobre las realidades actuales para la preparación de la tarea legislativa;
3. Estudio sobre los medios adecuados para hacer que los preceptos jurídicos tengan eficacia en la realidad;
4. Una historia jurídica sociológica para averiguar la situación social en la cual se produjo una norma jurídica, con el fin de enterarnos de si esa norma es digna o no de sobrevivir;
5. Estudio del método jurídico, es decir, de los factores psicológicos y de otra índole, y de los ideales que actúan sobre la función judicial;
6. Reconocimiento de la importancia máxima que tiene el hallar una solución justa y razonable en los casos concretos, tanto en el ámbito del derecho privado, como también en los campos del derecho penal y del derecho administrativo;
7. El establecimiento de un Ministerio de Justicia, encargado de redactar proyectos de ley, con el fin de corregir los anacronismos que persisten en el campo del derecho privado; y
8. Esforzarse en hacer más eficaz de hechos la realización de los fines del derecho.

Para el sistema cerrado del *common law* hubo respuestas formidables que basadas en un *realismo* muy efectista pretendieron construir otra filosofía jurídica. Tal es el caso de Gray,<sup>32</sup> quien afirmó: “Lo que importa no es tanto lo que el juez dice, sino sobretudo lo que el juez hace. Las reglas que el juez establece o expresa en sus sentencias no siempre son las

<sup>32</sup> Gray, J. C., *The Nature and Sources of Law*, 1909.

mismas conforme a las cuales él actúa, es decir, conforme a las cuales falla o decide. Entonces, si queremos saber lo que efectivamente es derecho, tenemos que indagar los modos reales de la conducta judicial”.

Desde la Universidad de Columbia, Llewellyn<sup>33</sup> indica que en realidad existen dos tipos de regla: la de papel que refiere las leyes y reglamentos y las sentencias de los tribunales, y las efectivas que se integran con lo que los jueces deciden realmente el litigio. El derecho, dice el profesor neoyorkino, interviene sólo para solucionar aquellas disputas que no son resueltas por las partes o que degeneran en el empleo de métodos ilícitos prohibidos por la ley. “Respecto de esa parte del derecho, que consiste sobre todo en resolver tales disputas, la pregunta práctica más interesante es la que apunta a averiguar de qué manera tales disputas van a ser resueltas por los jueces”.

El magistrado Frank<sup>34</sup> se preocupa por la protección real de la gente y entonces afirma que “ese querer disimular el carácter esencialmente plástico y mutable del derecho, constituye no sólo una miopía, sino además, consecuencias funestas. Al ocultar el carácter esencialmente plástico y cambiante del derecho no se sirve a los verdaderos intereses de la gente, sino que, por el contrario, se producen graves perjuicios. Hay que darse cuenta de que el acento de nuestra época no recae sobre las estructuras establecidas, antes bien, sobre el cambio. El derecho del presente, lejos de tener la seguridad estática que tuvo el orden jurídico de otros tiempos, seguridad consistente en la conservación de los viejos derechos instituidos, tiende, por el contrario, hacia la seguridad dinámica. Los rápidos y complejos cambios de las realidades de nuestro tiempo determinan que se presenten nuevas situaciones, ni remotamente previstas en las normas preestablecidas. Entonces, el juez tiene que formular la norma, aunque las más de las veces lo haga bajo la falsa apariencia de interpretar viejas reglas”.

Aquí tenemos que recordar la figura que tanto nos ha servido en otros escritos y en conferencias o cátedras para explicar dicha problemática que nos orilla a regirnos por estructuras normativas de nuestros ances-

<sup>33</sup> Llewellyn, Karl, “A Realistic Jurisprudence: The Next Step”, *Columbia Law Review*, XXX, 1930.

<sup>34</sup> Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, 1930; “Palabras y música, algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes”, *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951; *La influencia del derecho europeo continental en el common law*, Barcelona, Bosch, 1957.

tros. En la hermosa ciudad de Leipzig existe una famosa taberna en cuyo exterior observamos un bronce de proporciones humanas que nos muestra un interesado Mefistófeles susurrando al oído del bachiller, del aspirante a estudiante universitario. En dicha taberna, conforme a las letras maravillosas de Goethe leídas y releídas en su *Fausto*, el demonio aconsejaba a esos aspirantes en torno a las posibilidades de cada profesión. Cuando indagaban sobre el estudio del derecho, el sabio Satanás se limitaba a responder: “¡Ay de vosotros por ser nietos!”

Con Frank y su amplia experiencia en la judicatura reflexionemos y concluyamos:

Resulta, pues, que realmente la personalidad del juez constituye un factor decisivo en el fallo. Para que el derecho tuviese plena uniformidad, continuidad y certeza, sería necesario que todos los jueces fuesen iguales, que tuvieran idénticos hábitos mentales y emocionales. Pero ¿sería esto deseable? No parecería discreto contestar de modo afirmativo esta pregunta. Por el contrario, para servir mejor a la justicia, parece que conviene nombrar jueces talentosos. Pero entonces tendremos menos certeza, menos seguridad y menos uniformidad.

Todo esto nos va acercando al meollo de nuestro interés actual en torno a la justicia y su posibilidad de ser influenciada por ideología y realismo social y axiológico. No en balde desde los Estados Unidos Bingham<sup>35</sup> resuelve que “muchos sistemas de filosofía jurídica, principalmente los europeos, se han preocupado más de obtener una pulcritud en la coordinación lógica, que de conseguir un conocimiento a fondo de los hechos de la vida, de los problemas políticos y de la mejora de la sociedad”.<sup>36</sup>

Por su parte Cohen,<sup>37</sup> desde Harvard, reflexiona con pertinencia:

La teoría de que a la decisión judicial precede siempre la existencia de un previo derecho ya constituido, y de que, por tanto, los jueces se limitan a aplicar esas normas preestablecidas, es notoriamente falsa. Pues tal teoría

<sup>35</sup> Bingham, Joseph W., “What is the Law”, *Michigan Law Review*, 11, 1912.

<sup>36</sup> Aquí tenemos que invitar a nuestro lector a conocer nuestra posición en ese sentido en obras publicadas: *La lucha contra el delito; Políticas públicas contra la criminalidad; Tratado sobre la Ley Penal Mexicana, y Ciencia jurídico penal.*

<sup>37</sup> Cohen, Felix, “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, *Columbia Law Review*, 809, 1935.

podría defenderse tan sólo sobre la base del supuesto de que el derecho preestablecido es autosuficiente de modo eterno. Pero sucede que la vida desarrolla constantemente nuevas situaciones no previstas, no cubiertas ni por normas anteriormente dictadas ni por precedentes judiciales. Ahora bien, los jueces están obligados a decidir todo caso que se someta a su jurisdicción. Por lo tanto, necesariamente tienen que ir desarrollando nuevas formas en el curso de su tarea.

Julius Stone<sup>38</sup> nos invita a enfocar el problema de la justicia en sí mismo, considerando necesario emprender un estudio de las relaciones entre el derecho y la sociedad:

Por otra parte, en todo caso, hay que reconocer que se da un problema de justicia en los intersticios o lagunas del derecho positivo; y se tiene que reconocer también que la respuesta a los problemas planteados por esas lagunas no puede producirse por factores compulsivos o fortuitos, antes bien, el jurista tiene la responsabilidad de elegir la solución. Ahora bien, la decisión del juez debe efectuarse escogiendo la mejor de las alternativas.

Este juez que no puede convertirse en un autómatas normativista, pues no vive al vacío, funda esa elección de la mejor alternativa precisamente en cultura, axiología y realismo social. Así, Stone nos responde:

La búsqueda de la justicia representa un fenómeno psicológico-social de la mayor importancia, especialmente en la sociedad democrática moderna. Esto implica la crítica constante del derecho positivo existente, y el deseo de aceptar este derecho tan sólo provisionalmente como un medio para otros fines.

Para que la justicia cobre vigor estable, utilidad y belleza, debe ser fundada sobre la base de nuestras relaciones sociales presentes, en nuestro tiempo y en el lugar de que se trate.

La justicia es, por lo menos, una función de tres variantes. Primero, los hechos psicológicos de los intereses o de las demandas, de los deseos y de las apetencias de los hombres, variables constantemente en cada tiempo y lugar. Segundo, los recursos de personas, bienes, ambiente y servicios concebibles en cada tiempo y lugar. Tercero, los escapes para las tensiones entre aquellos intereses o deseos, por una parte, y los recursos a la disposición, por otra parte.

<sup>38</sup> Stone, Julius, *Uncommitted Relativism in Modern Theories of Justice*, Texas, SMU, 1962.

La invocación a la democracia moderna, al tratar los temas de justicia, no es gratuita y ya veremos qué tanto influye en los añejos conceptos de la jurisprudencia el nuevo cuño del Estado social y democrático de derecho.<sup>39</sup> A ello reacciona el eminente penalista norteamericano Jerome Hall<sup>40</sup> y nos enseña que “hoy en día el derecho democrático debe no sólo participar en un principio ético válido, sino que además debe participar también en los valores típicos y peculiares del proceso democrático. En suma la exigencia axiológica es doble: a) adecuación a principios éticos, y b) autonomía. Y entonces nos brinda su lección principal al afirmar que derecho en su totalidad es una fusión de pensamiento y hecho”. Digamos con él:

La mente crea los conceptos claros y los juicios de valor; y la realidad efectiva proporciona los hechos. Incluso, cuando se considera una norma jurídica como un precepto, sigue siendo verdad que cada una de las cláusulas integrantes de esa norma comprende generalizaciones fácticas, y que, por lo tanto, apenas es defendible que uno pueda concentrarse exclusivamente en abstracciones jurídicas sin tomar en cuenta los hechos. Y, a la inversa, cuando se considera el derecho como un hecho, entonces es inevitable el encontrarse con el problema de la certeza. Claro, que con esta palabra no se debe pensar en una certeza absoluta de tipo utópico, antes bien, sólo en una certeza práctica, diríamos del sentido común. Al fin y al cabo, el alcance de las leyes depende siempre, en alguna medida, de los hechos.

El derecho, y coincidimos en diversas obras con Hall, es una realidad cultural y su conocimiento y operación diestra requieren de la estimación sincera y cercana del pensamiento humano. Ante ello traigamos el razonamiento de Edmond Cahn<sup>41</sup> desde su cátedra en la Universidad de Nueva York, quien nos habla de lecciones. Éstas pueden sacarse de un orden jurídico que para él pertenecen a la forma, más que al fondo de sus correctas elaboraciones, pues hallaremos las mismas en las actitudes humanas y en la orientación del ciudadano en el Estado. Cahn habla de *precisión* en las normas jurídicas pues con esa cualidad se logra claridad y

<sup>39</sup> Por lo pronto, invitamos al lector a consultar nuestros desarrollos sobre el tema en nuestra anterior publicación *Ciencia jurídico penal*, cit., nota 6.

<sup>40</sup> Hall, Jerome, *Teoría jurídica integralista*, Buenos Aires, Losada, 1951.

<sup>41</sup> Cahn, Edmond, *The Sense of Injustice*, New York University Press, 1949; *Supreme Court and Supreme Law*, Indiana U. P., 1954.

facilidad en la realización de los valores éticos. Refiere *flexibilidad*, pues el derecho se aboca a hombres individuales, que ante su conflicto no permiten las leyes silogísticas. El *realismo* que debe distinguir a las normas exige afectar la sustancia de las interrelaciones. La *reciprocidad* impulsa a que los hombres sean llevados a respetar los derechos de otros en una comunidad de intercambio. Con la *moderación* en el sistema jurídico se insinúa que un hombre puede conseguir lo deseado siempre que muestre consideración por el efecto que su conducta produzca en otros. A través de la *proyección* se insertan en el derecho los motivos o propósitos y entonces se involucra a la conciencia humana, con lo que se evita la maliciosidad y el abuso. En fin, la *solidaridad* necesaria, que más allá de sus connotaciones más conocidas, trata en este caso de hallar a un juez como símbolo de la solidaridad democrática. Es la conciencia pública que crea actos de justicia.

Desde Utah, Bodenheimer<sup>42</sup> insiste, tras criticar el ya repasado relativismo kelseniano que repugna de la idea de justicia al estudiar el derecho, en que:

No es posible pensar un orden jurídico sin una referencia a principios de justicia. Tan cierto es, que cuando se quiere eliminar tal referencia, la misma se introduce de nuevo bajo diversos disfraces. Así, algunos de los que han querido eliminar del concepto del derecho esa referencia a la justicia, sin embargo, han introducido en aquél las notas de lo practicable, de lo viable, de lo hacedero, lo cual implica que se exige un minimum de razonabilidad y de toma en consideración de los rasgos permanentes de los seres humanos.

Justicia quiere decir tratamiento igual de los iguales. La exigencia de que hombres iguales, y situaciones iguales, deben ser tratados de modo igual, implica la importantísima prohibición de la arbitrariedad.

Más allá del discernimiento en torno a los criterios a usar para determinar igualdades y desigualdades, que *infra* revisaremos en desarrollos más completos sobre esta inquietante cuestión fundamental del ejercicio jurídico de estos días, es preciso dejar anotada la inclinación ya reiterada, esta vez en voz de Bodenheimer, en torno al insoslayable papel de la justicia en tanto determinante, si no único, sí primordial del orden jurídico imperante.

<sup>42</sup> Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudencia, teoría del derecho*, México, FCE, 1942.



De todos modos nos adelantó preliminarmente:

La idea igualitaria y la fórmula del *suum cuique* deben combinarse para suministrar una caracterización adecuada de esa índole de la justicia que presenta la fisonomía de Jano. La justicia aspira a la igualdad, allí donde se debe dar igualdad; pero aspira también a la diferenciación. Sin embargo, no se puede olvidar que estas fórmulas son muy imperfectas e indeterminadas. Estas fórmulas abren una amplia perspectiva que nos muestra el campo general en el que la justicia debe operar; pero no nos suministran pautas específicas para averiguar lo que se debe a una persona, ni para poner en claro cómo se debe medir la igualdad y la desigualdad en la vida humana social. Por tanto cabe decir que esas definiciones son tan sólo vasijas que deben ser llenadas con un contenido concreto, social o jurídico.

El mismo Bodenheimer quiso apartarse en sus concepciones de los más conspicuos pensadores norteamericanos del *realismo jurídico*. Lasswell y McDougal,<sup>43</sup> ambos de Yale, propugnaron un derecho como una “fluencia de decisiones, encaminadas a la realización de ciertas pautas valorativas en la comunidad”, con lo que indefectiblemente predeterminan una dimensión teleológica de la realización de valores y los medios adecuados, que no son otros que el orden jurídico mismo. Éstos se alejan de esas tendencias individualistas del profesor de Utah. Sin embargo, la línea de pensamiento presenta continuidad y solidez. Los autores precitados estiman al derecho como una especie de *valor poder*, describiéndolo como *la suma de las decisiones de poder en una comunidad*.

El propósito de la regulación jurídica debe ser el fomentar la participación más amplia posible de los miembros de la comunidad en los valores. La meta última del control jurídico es una comunidad mundial en la que se estimule y promueva una distribución democrática de valores, en la cual se utilicen todos los recursos concebibles hasta el máximo grado, y en la cual la protección de la dignidad humana se considere como el supremo objetivo de la política social.

Nuestro ataque frontal a la dogmática jurídico penal en afán demolidor de sus principios y métodos, descrito en la edición de *Ciencia jurídica*

<sup>43</sup> Lasswell, Harold D. y McDougal, Myers, “Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest”, *Yale Journal*, 1943.

*co penal*,<sup>44</sup> ha tenido sus raíces en los posicionamientos doctrinarios hasta ahora repasados, pues nunca advertimos desde aquellas actitudes gélidas y trucas del puro normativismo ninguna alusión al determinante principal de ese orden jurídico tan aislado de todo: la justicia. Desde Ya-  
le nos obsequian el siguiente razonamiento:

El enfoque técnico doctrinal del derecho, aunque no debe ser por entero descartado, debiera en gran medida ser sustituido por el enfoque característico de lo que se llama “elaboración de las políticas”. Los términos jurídicos claves debieran ser interpretados en relación con las metas y los problemas vitales de una existencia democrática. Las decisiones jurídicas debieran ser concebidas como respuestas a los problemas de cambio de valores en los procesos sociales.

Las doctrinas jurídicas deben ser relegadas al papel de símbolos, cuya función consista en servir las políticas totales de quienes las emplean.

Por eso hay que huir de distinciones tajantes entre derecho y pautas políticas, entre formulaciones de *lege lata* y proposiciones de *lege ferenda*.

Aunque los órganos jurisdiccionales pueden buscar guía en la experiencia judicial pretérita, debieran siempre concentrar su visión sobre el impacto probable de la decisión en el futuro de la sociedad.

Y recordemos ahora nuestra propuesta vaciada en esa *Ciencia jurídico penal*, que consiste en observar el objeto de conocimiento jurídico no ya desde la dogmática más ensimismada, sino que debemos colocar el *dogma*, la *ley* o *norma jurídica*, siempre descendiendo de su *matria* constitucional según principio insoslayable de jerarquía normativa, misma que se presenta como norma de cultura y no más como haz normativo constitutivo y producto de un omnímodo *hacedor de leyes* que se limita a brindarnos *soberanamente* el *establecido*. A su vez ese legislador para integrar el factor racional —el del *deber ser*— involucra en su apreciación el valor o tabla axiológica y realismo social. Este primer trípode de nuestra construcción no se agota con ese razonamiento básico sino que exige, para llegar hasta el objeto de conocimiento, cribar el flujo de lo estrictamente racional con lo razonable que nos aporta la *praxis* política y con el funcionamiento de nuestras instituciones de aplicación e interpretación jurídicas.

44 González de la Vega, René, *Ciencia...*, *cit.*, nota 6.

Preocupado por las cuestiones en torno a la justicia, igualdad y hombre común, Friedrich<sup>45</sup> nos enseña que:

Por otra parte, no necesitamos una fe radical en la razón, en vista a la conducta de una comunidad civilizada de acuerdo con el derecho. El hombre participa en la comunidad política tan sólo en cuanto a una parte de su ser. Muchos de los valores superiores —religiosos, artísticos, científicos— juegan solamente un pequeño papel en la esfera de la política. Adviértase que el hombre común no tiene que decidirlo todo en una democracia. Lo que juega un papel decisivo en la política es el derecho y la justicia. Nótese además que la legislación de una comunidad se ocupa sólo de cuestiones relativas al orden externo, las cuales son comunes a todos los ciudadanos. En una democracia constitucional hay que distinguir esa esfera común, frente a la religión, al arte, al campo privado, y a los intereses personales del individuo. Los derechos tradicionales —tales como la libertad religiosa (separación entre iglesia y Estado), libertad de expresión (especialmente libertad académica), etc.— intentan realizar aquella distinción. Tales derechos limitan la tarea de la política a una esfera en la cual el juicio común de los hombres comunes tiene más probabilidades de acierto que el de cualquier élite autodesignada.

La justicia es en efecto una realidad objetiva y no subjetiva; pero se sigue también que la justicia debe ser entendida como una realidad cambiante.

No podemos cerrar esta saga del veinte sin traer el pensamiento de Arnold Brecht<sup>46</sup> con su fino sentido germano finalmente asimilado a la cultura angloamericana. El autor pretende distinguir con precisión entre relativismo científico y relativismo filosófico, los que no se implican.

Una teoría no es nunca una ley. La teoría se refiere a leyes y puede sugerir la existencia de leyes adicionales; pero ella, en sí misma, no es una ley. Puede intentar la explicación de una ley. Si tal es la intención de la teoría, ésta tiene que referirse a alguna ley más general. Expresando esto de modo más riguroso, hay que decir: una ley nunca se puede deducir directamente de una teoría; puede ser deducida sólo de una ley más general ofrecida en una teoría.

<sup>45</sup> Friedrich, Carl J., *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Universidad de Chicago, 1958.

<sup>46</sup> Brecht, Arnold, *Political Theory*, Princeton U.P., 1960; *Liberty and Truth: the Responsibility of Science*, Atherton Press, 1962.

Viceversa: una ley no es una teoría; es más bien un hecho, a saber, el hecho de que ciertos hechos o factores están siempre asociados, o de que, en un sentido menos estricto de la palabra ley, están asociados por regla general aunque ésta tolere excepciones.

Dice Brecht: “Mientras que toda teoría intenta explicar algo, la filosofía intenta explicar, no algo particular, sino todo”. Así pues, concluimos con él que los términos filosofía política, teoría política y ciencia política no resultan *intercambiables*. Respecto de su noción sobre el *relativismo científico en axiología* asegura:

El relativismo científico sostiene las siguientes tesis:

1. La cuestión de si algo es valioso puede ser contestada científicamente sólo en relación con: a) algún propósito o meta, para la persecución del cual es o no es útil; b) o en relación con las ideas sostenidas por alguna persona o algún grupo de personas acerca de lo que es o no es valioso.

2. Y, en consecuencia, es imposible establecer científicamente cuáles sean los propósitos o las metas valiosas con independencia de: a) el valor que tengan en la persecución de otros propósitos o metas; o b) con independencia de las ideas de alguien sobre propósitos o metas ulteriores o últimos.

Desde este enfoque tenemos que abolir todo intento de las ciencias sociales por un método científico. Pero para quienes trabajamos con axiología y normativismo quedarían salidas científicas que el propio Brecht aporta, si es que somos capaces de advertir *propósitos, medios y cualidades*. Cuando abordamos el derecho es necesario averiguar algunos propósitos que le brinden a nuestros estudios significación valorativa:

¿Qué propósitos inmediatos son buscados por ciertas personas en lugar y tiempo determinados? ¿Qué propósitos ulteriores consideran? Si éstos entran en conflicto, hay que precisar los tiempos, si son diversos o contemporáneos. Si dichas metas son ideales, como por ejemplo la justicia, ha menester averiguar su significado en la mente de los buscadores y los significados pasados o futuros de dichas abstracciones. ¿Cómo se adhirió la persona o personas a la búsqueda de tales metas? ¿Qué viabilidad hay en el logro de tales propósitos? ¿Qué efectos o riesgos encontramos en el logro de los propósitos buscados, con independencia de los medios empleados? ¿Cómo se influye a las personas en esa búsqueda? ¿Cuál es la función de esas metas en lo político, lo social, lo económico?

Y hemos de poner en juego, al decir de Brecht, determinados medios idóneos:

Se debe lograr la adecuación de los medios al fin, esto es, han de ser viables. Se debe indagar si existen otros medios más rápidos, eficaces, integrales o de menor costo o gravamen a otros fines. ¿Qué riesgos conlleva la aplicación de los medios elegidos? ¿Cómo se puede influir sobre la elección de los medios? ¿Cuál es la función social y política de esa selección de medios?

Respecto de las cualidades a colocar en nuestro trabajo científico, Brecht acota cerrando puertas a un puro científicismo:

En lo concerniente a juicios de valor, generalmente nos enfrentamos con observaciones contrarias sobre opiniones, sentimientos e intuiciones. Así pues, no hay nada que podamos generalizar de acuerdo con los principios de la inducción científica, a menos de que hubiera elementos sobre los cuales concordasen todos los informes; pero incluso entonces, lo que obtendríamos no sería necesariamente “valores” *per se*, sino tan sólo “opiniones universales sobre valores”.

Ya con ese arsenal aún de escasas proporciones y muy enteco en su raciocinio, culpa de quien esto transcribe y no del autor invocado, podemos arribar a sus planteamientos en torno a la justicia. Brecht estima que los principios básicos de justicia fueron derivados de cuatro fuentes en forma deductiva: la ley divina, la ley natural, la razón humana y una especie de contrato social. A ello reaccionó afirmando que tales postulados no resultaban suficientes y era necesario echar mano en la construcción ideológica de la legislación como función propia de una sociedad organizada.

En todo caso, la filosofía política y la filosofía del derecho no pueden ser separadas. Para la filosofía del derecho, al igual que para la filosofía política, el derecho aparece como materia de crítica o como materia de justificación. Siempre que subrayamos que “debe haber” el derecho, necesariamente tenemos que derivar al problema de si hay pautas eternas, absolutas, o por lo menos objetivas, de justicia. Si las hay, entonces esas pautas son relevantes tanto para la política como para el derecho.

Por ello argumenta que el método científico puede capacitarnos para revelar en mucho lo que pertenece a la manera en que nuestra mente y nuestras emociones inciden en asuntos de la justicia. Y es verdad, pues ante todo, los postulados de la justicia se expresan usualmente en términos de una situación deseada, *v.gr.*: igualdad o más igualdad, libertad o más libertad, o seguridad u orden.

Esta relación a alguna situación ideal, tomada como pauta, es, por lo tanto, el primer elemento relativo que encontramos al analizar el pensamiento humano sobre la justicia. Ese elemento relativo se hallaría presente, incluso si la ciencia pudiera decirnos cuál fue la situación ideal que resultase realmente justa. Incluso entonces, la idea de justicia sería relativa, en tanto que se referiría a tal situación ideal.

Brecht dice que aunque se admitan varias ideas particulares de justicia entre las cuales la ciencia no puede hacer una auténtica elección, habría en todas esas ideas algunos elementos universales que finalmente compondrían la materia de estudio científico.

El autor afirma que si esto fuera verdad, esto es, si pudiera verificarse que hay ciertos elementos universales e invariables en el modo humano de pensar y sentir los valores específicamente en cuestiones de justicia, *entonces conseguiríamos una base firme.*

Una fuerte evidencia a primera vista muestra que tales elementos universales e invariables existen. Aunque la justicia dependa en gran medida de factores que no tienen carácter universal, tales como instituciones tradicionales, sin embargo, debemos precavernos frente a la falacia de creer que, por esta razón, todo dependa necesariamente de esos factores extraños. Hay muchas indicaciones evidentes de que todas las ideas de justicia, todas las variedades del pensamiento y del sentimiento respecto de la justicia, tienen algo en común. Primero, tales ideas existen por doquier como una clara y distinta categoría de ideas. Segundo, el término justicia existe en todas partes. Tercero, el anhelo humano de justicia es un factor universal, que nadie en la vida pública puede prescindir de presentar sus actos como justos.

Brecht reconoce que la investigación en torno a la justicia ha resultado lenta e insuficiente y a veces precipitada durante esa primera mitad del siglo XX. Entonces para profundizar en la tarea sugiere cuatro criterios de búsqueda de esos elementos universales e invariables:

1. Nuestra propia experiencia subjetiva respecto de nuestros pensamientos o sentimientos de evidencia inmediata.
2. La confesión general de la misma evidencia subjetiva por otras personas.
3. Nuestra incapacidad para imaginar situaciones ajenas a esos elementos.
4. La incapacidad de la mayoría para imaginar tal desviación.

Nos vamos acercando al Estado social y democrático de derecho. Antes de los esquemas de confrontación de la llamada Guerra Fría, Brecht llamó nuestra atención en torno a cinco postulados básicos que él observó al estudiar la justicia, con lo que propuso adoptar un método científico:

1. La verdad, pues la justicia requiere de un acuerdo con la verdad objetiva.
2. La generalidad del sistema de valores que se aplique.
3. El tratamiento como igual a lo que es igual bajo ese sistema.
4. La cancelación de restricciones de la libertad.
5. El respeto a las posibilidades reales de cumplimiento o no de una norma.

## V. LOS AÑOS DE LA UNIVERSALIZACIÓN

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial hubo cambios importantes en la composición e integración mundial, por ende, en la filosofía y el pensamiento del hombre. Existen dos reacciones fundamentales para los propósitos de nuestro estudio en torno a la justicia: por una parte los radicales y vigorosos movimientos del pensamiento alemán de la posguerra tras el holocausto, con una fuerte regresión al *iusnaturalismo*, tal vez por el enorme complejo de culpa generado; y por la otra, la ya clásica confrontación oriente/occidente que a la luz de la historia y con cierta perspectiva puede ser el signo que distinga a esa centuria.

El fenómeno de la *universalización* no es novedoso en la acción histórica de la humanidad si la vemos como ese afán de ciertas culturas por imponer a otras, así sea por la vía de la fuerza, sus propios modelos culturales, sociales, políticos o económicos. Basta recordar la Roma de hace 20 siglos, las conquistas de Alejandro o los avances napoleónicos por

Europa. La mitad del siglo XX, que corre de la posguerra hasta los umbrales de la década de los noventa, significó ese afán por universalizar ideas o modelos socioeconómicos observados en el capitalismo más clásico y las fórmulas marxistas-leninistas.

Cada uno de los dos grandes imperios —en ese mundo bipolar— asumió parcelas del planeta por ideología, zonas de influencia, o activismo mercantil. A la *universalización* se unió la *transnacionalización* mediante la penetración económica de los mercados y las luchas fundamentalmente ideológicas, aunque recargadas en una constante amenaza de conflagración nuclear, lo que hizo merecer el apelativo de *Guerra Fría*, que fue constante y de alto riesgo. Se quiso ver un primer mundo capitalista, un segundo de economía centralmente planificada y guiada por la otrora potente Unión Soviética, y un tercer mundo compuesto por países en vías de desarrollo, para utilizar el eufemismo, o francamente subdesarrollados proveedores de materias primas, mano de obra barata y campo fértil o caldo de cultivo propicio para la imposición de cualquiera de ambas ideologías, que en algunos momentos quisieron presentarse tal vez inútilmente como *no alineados*, pero siempre como presas ante depredadores de tal magnitud.

La posguerra trajo lo suyo e influyó decisivamente en las corrientes de pensamiento político y en la *iusfilosofía*. Así, desde la primera consecuencia inmediata en el pensamiento alemán, Emil Brunner<sup>47</sup> propone una reafirmación iusnaturalista en torno a la justicia y el orden social. Escribe y publica su obra *Justicia: doctrina de las leyes fundamentales del orden social*. Él, rector en Zúrich, es en rigor un teólogo y además un importante filósofo del derecho. Funda sus apreciaciones en el punto de vista del cristianismo, pero preocupándole fundamentalmente la crisis del derecho y la imperiosa necesidad de reconstruirlo.

Brunner concluye, y no sin razón, que el positivismo tan determinista, tan racionalista, desemboca en lo que ya hemos criticado: el *relativismo en axiología*, lo que genera, a su parecer, un derrumbamiento espiritual y la barbarización de los Estados totalitarios, ya soviéticos, ya nacional-socialistas. Brunner destaca la necesidad de redefinir la doctrina de la justicia.

<sup>47</sup> Brunner, Emil, *Gerechtigkeit, Eine Lehre von der Grundsetzen der Gesellschaftsordnung*, 1943; *La justicia: doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, México, UNAM, 1961.



Teólogo, al fin y al cabo, lleva sus preocupaciones en torno a esa meta redefinitoria con argumentos válidos desde su perspectiva y que nosotros acogemos para explicar los sentimientos de esa época en su nacimiento:

O bien hay algo intrínsecamente válido, una justicia que está por encima de todos nosotros, una exigencia que se nos impone y que no dimana de nosotros, una regla normativa de justicia válida para todos los Estados y todos los sistemas del derecho positivo, o bien no hay justicia alguna, sino que hay tan sólo el poder organizado de tal o cual manera, que se llama a sí mismo *derecho*. O bien hay derechos del hombre eternos e intangibles, o bien hay tan sólo las buenas oportunidades de quienes por azar resultaron privilegiados y las malas oportunidades de quienes fortuitamente resultaron perjudicados.

A pesar de su formación en la fe religiosa, Brunner pone el acento, no en la noción evangélica de la justicia, sino en su acepción del tema sobre el orden de las relaciones sociales. La justicia es para él una virtud, pero también es una cualidad objetiva de las relaciones y de las instituciones. Aristotélico-tomista, retoma las ideas principales de esta corriente y a las que de inicio hicimos referencia breve: *La justicia —nos informa—, tiene que ver no con la persona directamente como tal, sino con la persona en relación con algo que ya no es persona.*

Reapunta las ideas de Ulpiano y exige que al menos en occidente reflexionemos en torno a lo que Kant, en su *Metafísica de las costumbres*, desarrolló de los romanistas: *lo jurídicamente mío es aquello con lo cual yo estoy ligado, que el uso que otro hiciera de ello sin mi autorización me dañaría.* Para Brunner, el supuesto básico de la justicia es la idea de *pertenencia*.

Por la idea de la justicia, el hombre se ve inserto en un orden, en una estructura, que ordena la totalidad de la vida, la coexistencia de cada uno con los demás, y, al mismo tiempo, la coexistencia de cada uno con los datos naturales de la vida.

En tanto que la justicia atribuye a cada uno lo suyo, actúa a la vez uniendo y separando. Une, vincula, en tanto que coloca a los individuos dentro de la estructura social que a todos abarca; separa, en tanto que a cada uno atribuye lo suyo, lo que no es de los demás.

La idea de la justicia no pertenece a la ética de las personas, sino a la ética de los ordenamientos o de las instituciones.

Por ende, dos conceptos se implican inmediatamente a la idea de justicia: ley e igualdad. El primero nos otorga lo predeterminado, lo generalizado, nos cimienta la seguridad. Cuando se correlaciona con la igualdad equipara los tiempos y las situaciones, y logra igualar a los sujetos protagonistas en su seno. Brunner afirma:

Entre la justicia y la igualdad hay además otras relaciones. Por de pronto y por sí sola, la ley crea la igualdad formal. Pero con esto no queda todavía dicho lo que corresponde a cada sujeto concreto en cada caso. La justicia exige que se dé a cada cual lo suyo y no a cada cual lo mismo. Y, sin embargo, hay una íntima relación entre justicia e igualdad. Lo que la justicia reclama no es que se dé lo mismo a todos, sino que todos sean tratados de un modo igual, es decir, según principios iguales: igual salario para igual rendimiento; igual alabanza para igual mérito; igual castigo para igual delito; iguales derechos para iguales cargas; igual precio para iguales valores.

Esta afirmación, fundamental en nuestras actuales disquisiciones, se enriquece con el siguiente párrafo del mismo autor, central para incursionar en el tema de las igualdades en justicia, tan caro para este estudio:

Ley e igualdad son magnitudes racionales. Pero esta simplicidad constituye una apariencia engañosa. Los hombres nunca son iguales en ningún respecto. Por consiguiente, tratarlos de igual manera es siempre una violenta abstracción, ya que de hecho son desiguales. Claro que ese igual trato parte del supuesto de que, a los efectos de la relación que se norma, las desigualdades carecen de importancia o bien no pueden ser tomadas en cuenta. Ahora bien, el trato igual es justo tan sólo cuando se considera que las desigualdades reales son irrelevantes para la relación que se regula. Por eso, en la mayor parte de los casos, el trato igual debe convertirse en un trato proporcional, que implica atribuciones desiguales, pero según una medida igual para todos.

Para no extraviarnos en las concepciones exclusivamente teológicas de Brunner, quien en su discurso resuelve las cuestiones mayores a partir de las leyes religiosas auxiliado por su penetrante pensamiento que en mucho ayuda a una visión laica de la justicia, convengamos en que el Estado es fundamentalmente poder y no necesariamente tiene por vocación la democracia y la justicia.<sup>48</sup> Este autor indica, pretendiendo brin-

<sup>48</sup> Véanse nuestras argumentaciones al respecto en *Ciencia jurídico penal*.

darle perspectiva a nuestra visión, partir de la anarquía. Dada la naturaleza del ser humano, esta forma de convivencia social resulta totalmente inviable y habrá que buscar siempre una potestad de mando. Aun la figura del déspota que se *deshace* del ser maligno e indeseado es ya un principio de justicia en términos sociales. Es ya *un principio* o *primer escalón* de la justicia que no se da en la anarquía.

Ya en un *segundo grado* de la justicia aparece el orden normativo; la existencia de leyes con las cuales actúa el poder público. Esta circunstancia tiene un producto valioso consistente en la igualdad y sabemos que es un principio insoslayable en la justicia.

El tercer escalón de la justicia exige que esas leyes, que ese haz normativo sea justo, esto es, que no sólo sea vigente sino fundamentalmente válido a la luz de los derechos humanos.

Brunner indica que un cuarto grado de la justicia estatal se refiere a la distribución correcta del poder. Arribamos así al sentido democrático de la justicia que establece la presencia de *corresponsables* de su ejercicio.

La democracia es la suma limitación del poder de mando del Estado, mediante la voluntad del pueblo. Por eso la democracia está siempre amenazada por la anarquía; en todo momento está en peligro de perder el poder sobre las fuerzas que dentro del pueblo pugnan y actúan tendiendo a la disgregación y a la reagrupación. Sólo una larga y sólida tradición, y sólo una educación secular en el sentido de la libertad política, hacen inmune a la democracia frente al peligro de la anarquía. Sólo allí donde el poder público está tan firmemente estructurado, que no viene en cuestión la irrupción anárquica y disgregante de los equipos particulares, queda fuera de duda la superioridad de la democracia sobre cualquier otra forma política.

Si *montamos* la idea de justicia en un concepto de Estado de derecho democrático, es indudable para nuestros propósitos actuales que esa voluntad general o popular que construye las instituciones no sólo se encuentra sometida con éstas al orden jurídico imperante, sino que a través de los procesos electorales, la competencia política —que se basa en igualdad de oportunidades de acceso al poder e igualdad absoluta entre ciudadanos, pues sabemos que los votos no se ponderan sino tan sólo se cuentan—, oferta *algo* (soluciones, respuestas, acciones, tendencias), y ese *algo* no es sino la ideología y por alguna de ellas se inclinarán las mayorías populares imprimiendo, a querer o no, una forma y una sustancia en el quehacer gubernamental vinculándose no sólo la actividad de la

administración pública o la legislativa, sino que en el mediano plazo las instituciones de justicia responden a esas preferencias ideológicas. Recordemos la Corte de Roosevelt durante el *new deal* de los treinta o la Corte de Zedillo en México durante la crisis de 1995.

Para Messner,<sup>49</sup> católico vienés, el derecho es *el orden de las competencias propias de carácter originario o adquirido*. En ellas observa a los derechos subjetivos que la justicia debe reconocer, dando a cada uno su derecho. En ese *dar* el autor implica también el principio de igualdad como medida de los deberes de justicia. Nos dice entonces que hay un par de conceptos en torno a esa noción: la igualdad estricta y la igualdad proporcional. La primera se halla rígidamente limitada, en tanto la segunda responde a los movimientos de la economía. Ante eso la justicia impone deberes tanto al individuo, cuanto a las entidades sociales y de ahí que clasifique a la justicia en una relativizada a la esfera individual y otra a la consecución del bien común, acomodándose, según vimos, a los principios aristotélico-tomistas.

Distinguiendo claramente entre una justicia estrictamente legal y otras de orden social e internacional, respecto de la primera, afirma:

El objeto de la justicia legal es el bien común del Estado. Sus deberes son de dos clases: primero, las obligaciones que tiene el legislador de crear leyes necesarias para el bien común; segundo, los deberes de los ciudadanos de obedecer dichas leyes. En las democracias modernas el legislador es el Parlamento a tomar en consideración en primera línea los intereses del bien común, y sólo en segunda línea los intereses particulares.

Sobre ese tema central que es la igualdad, Messner nos enseña:

Los hombres son iguales, en cuanto su naturaleza esencial; pero son diferentes en cuanto a su modo de ser individual. La desigualdad de los hombres y su necesidad de complementación constituyen el fundamento de sus deberes de esforzarse en el logro de la plena realización de su ser humano, mediante la ayuda de la cooperación social. Por virtud del cumplimiento de sus tareas sociales, obtiene el hombre la posibilidad de realizarse a sí propio. Por otra parte, es precisamente la realización de sus tareas individuales lo que capacita al hombre para el mejor cumplimiento de sus faenas sociales.

49 Messner, Johannes, *Das Naturrecht*, Viena, 1950.

Por consiguiente, igualdad social significa la posibilitación del pleno desenvolvimiento de la personalidad individual en interés a la vez del individuo y de la sociedad. Ni el individualismo insolidario, que considera a los hombres como unidades abstractas; ni colectivismo de una sociedad de masas, que impide el desarrollo de la persona humana.

Ya llegaremos a esos estadios, en líneas *infra*, que nos hablarán de conceptos más evolucionados que los de la posguerra, y observaremos que frente al desmoronamiento de un mundo bipolar que nos distinguió durante medio siglo, ahora retomamos estas cuestiones cruciales que buscan combinar las fuerzas económicas más evidentes y la realización plena de los individuos y los grupos sociales, mediante tesis de orden liberal-social o socialdemócratas.

Ya en este plano reflexivo es importante traer el pensamiento de un brillante discípulo de Kelsen. Verdross<sup>50</sup> retomó, a pesar de su rígida formación normativista, el rumbo del *iusnaturalismo* muy cercano a lo aristotélico-tomista. Reflexiona en torno al bien común:

El bien común no es ni la suma de los bienes ambicionados por los hombres, ni la utilidad de un algo colectivo, sino el conjunto de los bienes obtenidos por la acción conjunta de los hombres, indispensables para que cada persona pueda configurar su vida en armonía con la dignidad humana. El *bonum commune* comprende las instituciones necesarias para la conservación de la sociedad, la protección de los derechos, la educación, los servicios sanitarios, los de investigación científica, así como también el amplio campo de los derechos sociales, que tienen como finalidad lograr que los grupos débiles de la sociedad puedan llevar una existencia conforme a la dignidad humana.

Resulta indudable que entre esas instituciones que menciona el ilustre internacionalista, se hallan incluidas las de justicia en su carácter social, que nos refiere, o distributivo, que esgrime, y por supuesto, conmutativo, que se implica.

Dentro de este discurso planteado a la plenitud humana, en términos de asociar las funciones o actos de justicia con la vida sociopolítica, digamos con Maritain:<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, UNAM, 1962.

<sup>51</sup> Maritain, Jacques, *El hombre y el Estado*, Buenos Aires, Kraft, 1952.

La sociedad política es un todo integrado por muchos todos, puesto que la persona como tal es ella misma un todo. Y la sociedad política es un todo de libertades, ya que la persona como tal significa autoseñorío o independencia. La sociedad es un todo, cuyas partes son ellas mismas todos; y es un organismo integrado por libertades y no por simples células vegetativas.

Desde su análisis sobre la justicia, el francés Husson<sup>52</sup> da por sentada cierta homologación política y moral en el seno de las diversas comunidades y en diferentes tiempos. Ante ello, su discurso puede resultar trunco, pues en rigor los conflictos y la alteridad que suponen la presencia de nuestro concepto acaecen en el seno de una sociedad variopinta que él mismo reconoce al hablar de *asociación*, en un ámbito de cooperación:

La noción de justicia no se reduce a la noción de equilibrio, antes bien, implica al mismo tiempo, como un elemento tan fundamental como éste, la noción de lo mío, de lo tuyo y de lo suyo. Además, la noción de justicia se especifica de dos maneras muy diferentes según que se considere las simples relaciones de contacto y de cambio, o la cooperación por la cual se define la asociación. Ahora bien, esas nociones, la de equilibrio y la de lo mío, lo tuyo o lo suyo, pueden ser consideradas como datos últimos, solamente por el moralista o por el jurista que realizan una labor práctica en una sociedad en la cual las convicciones morales y políticas son relativamente homogéneas.

Visto así el problema, la cuestión se reduce a un discernimiento muy simple, pero no olvidemos que según hemos revisado, el factor justicia no siempre se asienta sobre un campo así de homogéneo y terso, sino que adopta formas y se acomoda, paulatina y tenazmente, a los dictados de una sociedad sociopolítica muy inestable y volátil en sus preferencias o tendencias mayoritarias.

Su fina percepción de la realidad sociopolítica provocó que el propio Husson reulara admitiendo que:

Entrañaría un peligro grave el abandonarse a un impresionismo o a un intuicionismo jurídico, que dejara a la libre apreciación las decisiones del juez o los preceptos del legislador. No se olvide que el juez y el legislador

<sup>52</sup> Husson, Léon, *Les transformations de la responsabilité*, París, Universidad de Francia, Presses, 1947.

no son necesariamente seres con una integridad moral perfecta. No se olvide tampoco que la imposibilidad de prever en alguna medida el veredicto mantendría la vida social en una incertidumbre. Y téngase en cuenta, además, que el espíritu humano, para ver claro en problemas que son inmensamente complejos y matizados, necesita apoyarse sobre análisis precisos y sobre la enseñanza de la experiencia.

Por consiguiente, aunque sea necesario usar la inteligencia lógica, no debemos abandonarnos completamente al automatismo de ella.

Nosotros vemos en esta afirmación el imperativo de que la estimativa jurídica no puede, no debe en realidad, atender a un escueto normativismo, sino que es preciso realizar los actos de justicia en el seno de un abrigo ideológico, axiológico y por supuesto, sociológico.

Es evidente que en los años de la posguerra prosperó una corriente neotomista del derecho, tal vez por esa necesidad humana, tras el holocausto, de recogerse anímicamente, de retornar a las bases, en este caso filosóficas, que permitieran reconstruir, reconducir el mundo de la justicia entre los hombres. Ya no preocupa tanto la exaltación del normativismo en su más escueta realidad, ni las corrientes del positivismo tan racionalista, pero finalmente inductor de órdenes jurídicos que sirvieron a las ideologías totalitarias, tan deterministas, tan racistas. Desde la prestigiada Universidad de París, Michel Villey<sup>53</sup> borda ideas en ese sentido:

La doctrina aristotélico-tomista del derecho natural considera que la justicia es el alma y la esencia del derecho; y mezcla íntimamente los dos términos.

La función del derecho consiste en ordenar los intereses particulares de acuerdo con un fin superior.

La justicia no es una utopía; lo justo no puede ser imposible, ni las calendas grecas. Lo justo no es la imagen del mundo tal y como éste debiera ser, sino la conducta que en determinada situación deben cumplir las personas implicadas en unas relaciones sociales.

La justicia no es sólo ni primariamente lo establecido por la ley positiva. La justicia constituye un criterio superior a ésta, relacionado con la idea de igualdad y con el de proporcionalidad. Cuando la equidad violenta los términos de la ley, la equidad realiza una justicia superior a la de la ley.

<sup>53</sup> Villey, Michel, *Abregé du droit naturel classique*, París, Sirey, 1961; *La philosophie politique de Kant*, París, IIPP, Presses, 1962.

La justicia no consiste sólo en respetar el derecho de otro que se supone conocido de antemano. La justicia cumple una función pública: determina en qué deben consistir los derechos recíprocos de cada uno. Calcula la proporción, antes de asegurar la aplicación efectiva de ella.

Y con esto vamos arribando a una concepción prevista en este trabajo: la justicia como función pública que calcula proporciones bajo el telón de la igualdad y necesariamente investida de la fuerza sociopolítica que le brinda su propio entorno, más allá de las disposiciones del orden jurídico, colocadas o establecidas muy previamente.

Helmut Coing<sup>54</sup> ataca los conceptos kelsenianos y observa al derecho como una especie de ciencia del fenómeno social. Afirma que el sistema jurídico no puede medirse por el ideal de la geometría porque su contexto es ético-práctico. Él demostró, tras largas y abundantes argumentaciones, que los presupuestos éticos del sistema histórico son demasiado estrechos, y admitiendo que es innegable la protección de la libertad y la igualdad, resulta fundamental también la protección de la buena fe, de la confianza justificada en los negocios y del establecimiento de una relación tolerable entre la prestación y la contraprestación. Nos dice que el sistema del derecho es el intento de comprender la totalidad de la justicia con respecto a una forma determinada de la vida social en una suma de principios racionales. La hipótesis básica y necesaria de toda ciencia es la de que una estructura racional y comprensible por el pensamiento, domina al mundo espiritual y material.

Resulta claro que Coing nos empieza a conducir a ese mundo de *principios racionales* en el seno de la vida social, que resultan comprensibles a los individuos y los grupos a través de los medios idóneos de penetración en las conciencias y que nos llevan a una relación tolerable, lo que significa que no existe homogeneidad, sino confrontación y por ende debemos asumir y aprender a vivir bajo premisas de desigualdad. La justicia como determinante cognoscitivo del derecho no se resiste a involucrarse en las nociones más evidentes de la vida comunitaria.

Cuando del acto de justicia se trata, desde su perspectiva existencialista Georg Cohn<sup>55</sup> afirma:

<sup>54</sup> Coing, Helmut, *El sentido del derecho*, México, UNAM, 1959.

<sup>55</sup> Cohn, Georg, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, 1955.



Se trata, en realidad, de una simple profundización de los diversos aspectos de la situación concreta, que debe llevarse a cabo por personas poseedoras de una larga experiencia en el conocimiento y decisión de esas cuestiones. El fin de la investigación es encontrar una solución razonable y justa, armónica con los conocimientos y experiencias de la humanidad, y cuyo fundamento no ha de ser puramente jurídico, sino que habrá de tomar en consideración las diversas facetas de lo humano. Aquél a quien corresponda indagar qué sea el derecho deberá utilizar el método primario de todo conocimiento científico, el *trial and error*, de acuerdo con la fórmula inglesa; deberá también balancear la solución que aparezca en su imaginación con lo que pueda objetarse en su contra; y analizará una segunda y una tercera y una cuarta soluciones, y así sucesivamente, hasta alcanzar una solución contra la que muy poco o nada pueda objetarse; y solamente entonces deberá proclamarla como solución correcta y justa. A fin de alcanzar este resultado, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias del caso, en cuanto sean conocidas por el juzgador, la autoridad a la que está dirigida la ley, los intereses olvidados u oprimidos por la norma y, en general, todo lo que reclamen la conciencia, la verdad y la justicia.

Reflexionemos en este punto, atado al conjunto de ideas previamente transcritas y esgrimidas, y desde ahora seguramente caeremos en cuenta de que la justicia está alimentada de realismo sociopolítico que le brinda actualidad, viabilidad y certeza, y que no es posible aislarla de las corrientes del pensamiento humano —ideología— que discurran por el mundo al momento mismo de su concretización.

Hans Welzel,<sup>56</sup> el penalista de Bonn que revolucionó el derecho penal y su teoría del delito abrevando de la filosofía neokantiana de Rickert y de la fenomenología de Linke, halló contenidos ético-sociales en las desvaloraciones objetivas del hecho punible a partir del normativismo encabezado por Mezger, para brindarle a la conducta humana un cabal sentido finalista, ya no causal-ciego, y por ende a la descripción típica, ingredientes subjetivos revelados en el dolo o la culpa. En sus trabajos iusfilosóficos, Welzel, como ahora Habermas, se involucra en las inquietantes cuestiones de facticidad y validez.

<sup>56</sup> Welzel, Hans, *Derecho natural y justicia material*, Madrid, Aguilar, 1957; *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1962.

Todas las teorías fácticas de la validez aclaran un hecho real: determinadas normas son efectivamente obedecidas; aclaran por qué la norma ha sido efectiva (precisamente a causa del reconocimiento), pero no por qué deben ser obedecidas; y precisamente deben ser obedecidas allí donde no son efectivas. Pero esta es la cuestión de la validez, ésta es precisamente la cuestión normativa. El derecho quiere y debe valer precisamente para aquéllos en quienes las sanciones no producen ningún efecto, o no reconocen el derecho. Ninguna teoría fáctica de la validez puede dar respuesta alguna a esta cuestión. Las llamadas teorías fácticas de la validez dejan de lado el problema mismo de la validez del derecho: las teorías de la coacción se refieren a un tener que (la coacción psíquica); la teoría del reconocimiento se refiere a un querer, pero ninguna de ellas contiene un deber ser.

Esta inconformidad welzeliana surge porque como él mismo indica: *en la última generación* (él desarrolló y truncó sus trabajos en torno al finalismo durante el imperio del Tercer Reich) *hemos visto declarar como derecho algo que sin embargo, era a menudo sólo poder mal disimulado. E inversamente, ¡cuán a menudo hemos sentido también la importancia del derecho!*

Entonces por ello agrega y se explica en sus dudas en torno a las teorías sobre facticidad y validez:

Cuando el derecho se presenta como puro *factum*, como simple poder, no puede alcanzar aquello que precisamente le interesa fundamentalmente: la obligación, por parte de los miembros de la comunidad jurídica, de obedecer la norma.

La teoría dominante en el positivismo desconoce la normatividad. Pero el derecho no es sólo poder coactivo sino también valor obligante. En la protección que garantiza el orden jurídico, en tanto orden que supera el caos de la violencia física recíproca, se encierra el primer y más elemental valor jurídico que obliga a la obediencia del individuo: porque te protejo puedo ordenarte.

Pero la fuerza obligatoria que encierra el derecho como orden normativo implica algo más que una simple protección de la existencia. Sólo un ser que puede conducirse según el conocimiento de la justicia y la obligatoriedad de las reglas de conducta puede asumir una obligación, es decir, sólo el hombre en tanto persona responsable. Sólo un ser para quien los reguladores de una realización correcta de la vida no son biológicamente innatos, sino que están obligatoriamente, puede y tiene que asumir deberes.

En este caso recomendamos acudir a nuestra *Ciencia jurídico penal*, obra en la que desarrollamos este pensamiento de Welzel e incursionamos en las cuestiones de facticidad y validez, y responsabilidad humana en tanto capacidad de libertad e igualdad, que fundarían la responsabilidad jurídica y el reproche ante el injusto punible. Esto viene, ya en los umbrales del tercer milenio, a permitir la edificación de un andamiaje moderno y fundamentalmente garantista de la justicia, según veremos *infra*, con Ferrajoli y otros autores de esta hora.

Ya en los senderos recorridos durante la posguerra se arribó felizmente a conceptos jurídicos y en torno a la justicia verdaderamente impregnados o sumergidos en la realidad sociopolítica de la comunidad. Los siguientes párrafos de Karl Engisch,<sup>57</sup> el profesor muniquense, acertadamente interpretado por Garzón Valdés, nos iluminan en lo que ahora tratamos de fijar: un concepto *vivo* de justicia.

Si el derecho quiere hacer valer sólo una cierta conducta como la única posible, entonces tiene que servirse del mandato. Y en realidad, el mayor peligro para la libertad es el que se encierra en el aumento de mandatos. Los ordenamientos jurídicos liberales prefieren las prohibiciones que se complementan con el postulado fundamental: “lo que no está prohibido, está permitido”. Por el contrario, el Estado policía y el “Estado totalitario” se sirven gustosamente de los mandatos. Todo lo que no está de acuerdo con la realización del mandato, está inmediatamente prohibido. Pero sólo en un sistema jurídico de extremo despotismo se generalizan estas formas de vida.

Generalmente, los modernos sistemas jurídicos están organizados de tal manera que mantienen el punto medio entre una libertad de acción, limitada únicamente por la proposición fundamental *neminem laede*, y un absoluto estrangulamiento de la existencia. Con todo, estas concepciones sobre la vía media del derecho entre los extremos del liberalismo perfecto y del completo totalitarismo son sólo consideraciones superficiales. En la esencia del orden jurídico, en tanto sistema imperativo, no existen garantías firmes para la libre y personal configuración de la existencia.

Pero llegamos a resultados completamente diferentes de los anteriores, cuando consideramos que el orden jurídico no es, o al menos no es fundamentalmente, un conjunto de prohibiciones y mandatos, sino un conjunto de “normas valorativas”, de aprobaciones y desaprobaciones, de criterios

<sup>57</sup> Engisch, Karl, *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1960.

judicativos, etc. Según esta concepción, el derecho proporciona, únicamente o en primer lugar, “juicios de valor”, de acuerdo con los cuales podemos y debemos orientarnos, cuando haya que adoptar una posición jurídica con respecto a cualquier situación. Todo imperativo presupone ya necesariamente el juicio que confiere a lo exigido un valor especial y peculiar, en virtud del cual es precisamente exigido.

Nos regocijamos con esta visión tan clara y penetrante de los contenidos jurídicos cuando de mandatos y libertad hablamos, pues siempre en el *acto de justicia* hallaremos axiología y realismo sociopolítico. En el centro de una democracia nunca puede darse ese estrangulamiento del que nos habla Engisch, pero tampoco es apetecible el anclaje en un abusivo y puro liberalismo que coloca fuera de sus ámbitos de protección, por más que las garantías de los derechos fundamentales se vuelvan cada vez más eficaces, a los más débiles, a quienes reconocidamente son desiguales por imperativo social y ha menester echar mano de las nociones de equidad y proporcionalidad. La justicia es más allá del puro normativismo escueto, un auténtico *juicio de valor* implicante de la más cruda realidad humana.

Uno de los más influyentes pensadores de este periodo de posguerra en materia de justicia es sin duda Ilmar Tammelo,<sup>58</sup> que aunque es originario de Estonia, se forma intelectualmente en Alemania influido por Radbruch, entre otros. Su fundamento ideológico al abordar el tema consiste en evitar las discordias entre positivismo lógico y existencialismo, y llegar a lo que él denominó *conocer las intuiciones de justicia* que se tienen en la vida habitual. Así, tanto desde el punto de vista estrictamente lingüístico, fundamentalmente en los países indoeuropeos, cuanto en la práctica de los abogados, el autor descubre una sinonimia entre derecho y justicia y logra afirmar que lo justo es considerado como un valor y todas las formulaciones referentes a la justicia son juicios de valor.

Él, como otros anteriormente, también identifica en el concepto de justicia el de igualdad, esto es, una proporcionalidad y una correspondencia. La justicia es “un principio regulativo de la conducta y de las actitudes sociales del hombre, un principio que implica balance y limitación del comportamiento”. Es en rigor una virtud, una idea, un valor

<sup>58</sup> Tammelo, Ilmar, *Justice and Doubt: An Essay on the Fundamentals of Justice*, Viena, Springer Verlag, 1959.

siempre en íntima conexión con el derecho, coincida o no con él directamente.

Para el abordaje científico de la justicia, Tammelo nos propone las siguientes distinciones para el concepto basado en ese *factum* que lo rodea, más allá de sus estrictas connotaciones subjetivas y que precisamente brindan la oportunidad de una investigación rigorista: a) justicia como situación, b) justicia como carácter de algo, c) justicia como atributo, y d) justicia como valor. No deja de aclararnos: *lo que respectivamente significa justicia como situación, característica, atributo o idea, implica una serie de problemas ontológicos.*

Ahora bien, —nos adelanta— además de esos problemas ontológicos, hay otras cuestiones filosóficas que demandan urgente atención, a saber: los problemas sobre el conocimiento de la justicia, los cuales constituyen un estudio epistemológico; los referentes a la estructura formal de la justicia, que representan un análisis lógico; y los problemas sobre la relación de la justicia con los valores, los cuales requieren una consideración axiológica.

Al trabajar en torno a las consideraciones ontológicas sobre la justicia se deja guiar por el método cartesiano, y ante la pregunta muy evidente sobre la justicia se contesta diciendo que consiste en una noción de *entidad* y de *ser*. A la característica de *entidad* le halla una referencia de predicado, y a la del *ser*, copulativa. Así, las categorías ontológicas serán: *el ser de la justicia* y *la justicia como una entidad*.

La justicia, lo justo y la idea de la justicia tienen *sistencia*, así como también tienen esencia. Esencia es el tema de la cuestión: ¿qué es la entidad X? En cambio, *sistencia* es el tema de la cuestión: ¿está la entidad X ahí? La categoría *sistencia* tiene dos subcategorías: *subsistencia* y *existencia*. Una entidad tiene subsistencia, si podemos decir de otro algo que éste es *de* esta entidad, considerada como algo que funda o fundamenta, condiciona o subyace. Una entidad tiene existencia si es de algo, en lo que se funda, por lo que es condicionada, o de la que se deriva.

Así, con esa idea, la justicia existe al menos como una posibilidad libre de autocontradicciones y como entidad concebible. La justicia es pues una realidad digna de estudio científico y se nos aparece como acontecimiento en tanto entidad sometida al devenir, a la luz de una situación social dada en cierto lugar y tiempo.

Yéndose a lo estrictamente epistemológico de la justicia, Tammelo distingue entre ese concepto de justicia que al estar relacionado con la verdad pertenece a lo eidético, y el sentido meramente ontológico que corresponde a lo mental —*noético*— pues en su concepto *el ser es más fundamental que el conocer*, o con otra expresión: *el conocimiento se halla embebido en el ser*.

Los principales criterios de la verdad son: congruencia (ausencia de contradicciones); productividad teórica; capacidad programática; y evidencia. Una creencia es congruente si no es contradictoria, es decir, si lo que ella afirma resulta compatible con cualquier otra creencia que el intelecto ha aceptado como verdadera. Una creencia tiene productividad teórica, si sirve como base para llevar a cabo propósitos prácticos del intelecto. Una creencia es evidente, si el intelecto aprende que es imposible aceptar como verdadera una creencia opuesta.

Desde el punto de vista de la axiología, el mismo autor distingue tres acepciones de la palabra valor: a) un atributo, b) una característica, o c) una circunstancia. En el primer sentido, un atributo puede ser medido o ponderado, por lo que existe un proceso de cuantificación, y ese valor si es de orden subjetivo —ya simple, ya complejo— es objeto de atribución axiológica y de ella surgen circunstancias también axiológicas, ya como valores específicos en su más claro sentido objetivo. De tal manera que podemos llegar a dos especies de validez: la objetiva, referida a normas expresas, y la subjetiva, vista como criterios suministrados por las normas pero existente sólo en el sujeto valorador. Si una valoración está justificada en lo objetivo, es un juicio y nunca una arbitrariedad.

Ya desde esa atalaya nos invita a clasificar a la justicia con las siguientes proposiciones, útiles en nuestra encomienda editorial:

1. La justicia es una circunstancia axiológica constituida por la atribución de lo justo a una situación social.
2. La justicidad es la característica axiológica que corresponde a lo justo.
3. Lo justo es el atributo axiológico ético simple al que se adecua la conducta que atribuye a un sujeto lo que le es debido en las relaciones que incluyen deberes y pretensiones.
4. La idea de la justicia es la pauta axiológica que existe como la noción de justicia de un sujeto.

Con estas reflexiones de Tammelo volvemos a confirmar nuestra ruta en la investigación en torno a un concepto de justicia perfectamente correlacionado, o mejor, cohabitante del mundo real y no como estricto evento etéreo o vanamente postergado por las tendencias relativistas que se ensimismaron en la normatividad vista desde su más aislada sustantividad, ajena a toda noción de valor.

Por su parte, Battaglia,<sup>59</sup> desde su posición postkantiana, afirma que *el derecho se revela a sí propio efectivamente, cuando siendo derecho actualiza el valor humano de lo justo*. Con ello entiende la filosofía del derecho como referencia directa al problema o cuestión de la justicia. Los valores en los que venimos insistiendo con estos pensadores precisamente por ser prácticos, resultan ser históricos, esto es, a diferencia de los aspectos categoriales o teóricos, los valores prácticos se hallan envueltos en la historia e impregnados por ella misma.

Battaglia dice que las categorías de nuestra ciencia son inamovibles, en cambio los valores *estimulan el cambio por las vías*, precisamente, *de la historia y engendran sus aspectos cambiantes*.

En suma, la valoración no se detiene ante un solo componente del proceso del querer humano, antes bien tiene sentido tan sólo con vistas a la totalidad del proceso: el fin y el valor que sirven para valorar el medio; el medio y el valor que valoran condiciones; las condiciones consideradas como un valor respecto de la naturaleza, cuando ellas no se identifiquen con ésta. Aunque la naturaleza sea indiferente, sucede que el acto del espíritu rompe la indiferencia de la naturaleza, cuando incide sobre ésta tomándola como base.

El valor jurídico se da, por así decirlo, entre el punto de vista eudomológico y el punto de vista moral. Para que se produzca el derecho, son precisos criterios utilitarios, todos los impulsos y todas las tendencias de la individualidad más desenvuelta. El derecho tiene que ver con la utilidad, con los intereses. Pero el derecho interviene limitativamente en ese mundo de los criterios y de los apetitos utilitarios. El derecho institucionaliza, de acuerdo con criterios éticos, esa trama de las relaciones utilitarias.

Con Battaglia afirmemos una vez más, aunque desde otro punto de vista, que el derecho se halla sujeto a un principio ético de la persona y

<sup>59</sup> Battaglia, Felice, *La crisi del diritto naturale*, 1929; *Curso de filosofía del derecho*, Madrid, Reus, 1951.

que ésta se desenvuelve en el seno social, el cual a su vez permite el desarrollo de aquélla, sometiendo la voluntad general a una ley.

Desde la Universidad de Roma, Giacomo Perticone<sup>60</sup> nos lleva con toda precisión a los modelos que hemos venido buscando a lo largo de este recorrido ideológico, pues con mesura, pero con estricto método y sistema científicos, argumenta:

La historia del pensamiento jurídico y de la teoría de la justicia muestran dos cosas: primero, que no hay concepción de la justicia que no sea considerada como absolutamente válida; segundo, que no hay concepción de la justicia que no sea definida por caracteres históricos y relativos. Así, pues, el criterio de lo justo, que se presenta como universal y formal, es un criterio capaz de expresar una visión concreta de la vida, de sus exigencias, de sus valores. Es decir, las fórmulas aparentemente formalistas de la justicia implican valoraciones de contenido: son criterios capaces de expresar una visión concreta de la vida, de sus exigencias, de sus valores.

Y entonces el párrafo que nos interesa:

Si algunos no quieren llamar filosofía a eso, y quieren considerarla meramente como ideología, en todo caso sería necesario reconocer que la ideología que domina el pensamiento moderno y contemporáneo, la ideología que se afirma como sistema de valores, en el cual se recogen y se ordenan los criterios generales de la acción y de la valoración del hombre, representa la toma de posición más responsable respecto de los problemas de la realidad. Y se tendría que reconocer que esa ideología no tiene que cambiar en nada, ni tiene nada que aprender de las construcciones formalistas que tratan de presentarse a sí mismas como filosofía inmaculada.

Desde luego asumimos esta propuesta central en los empeños actuales, mismos que nos autorizan a desarrollos posteriores en torno a la justicia y la ideología más avanzados y vigentes. Por lo pronto dejemos asentado con el propio Perticone que *la justicia debe realizarse en el derecho, como justicia jurídica*, absolutamente cierto, pero agreguemos el ingrediente fundamental del propio autor en dicha aseveración:

Pero la justicia no está nunca realizada en el derecho en tanto que ley positiva. La validez de la ley se afirma entre los dos términos siguientes: la

<sup>60</sup> Perticone, Giacomo, *Orientaciones actuales del pensamiento jurídico*, Buenos Aires, Troquel, 1960.



adhesión autónoma y el negarse a la obediencia. El ciudadano hace la ley; pero el ciudadano también niega la ley, se rebela contra la ley. No se trata de hipótesis teóricas; se trata de posiciones prácticas.

Con lo hasta ahora revisado ya no resulta posible llegar a conceptos monolíticos en torno a nociones jurídicas sobre positividad, vigencia y validez normativas como quisieron los adheridos al relativismo kelseniano, pues en el soporte de todo el andamiaje legal va en juego no sólo la tabla axiológica distintiva de la comunidad dada, sino además su plenaria realidad social, ambos factores impregnados por ese *algo* que distingue la lucha por el poder de dominio político, a partir de la igualdad más absoluta de oportunidades de acceso y que consiste en la ideología de las diversas parcelas de la sociedad política referida. Ello obliga siempre a analizar el derecho y su determinante más conspicuo: la justicia desde su vigor basado en el respaldo del poder político, pero también desde su eficaz aplicación permanente para fundar en derecho positivo los juicios de valor y por supuesto lo innegable que es la adecuación de ley y la resolución judicial a un orden valorativo externo y actuante.

Al distinguir claramente entre lo inmutable de los principios y normas fundamentales y la voluntad general que abrevia de un contenido histórico realista, Perticone dice:

El problema que queda todavía por resolver es el de la deducción de los imperativos, partiendo de los principios jurídicos que pueden llamarse polivalentes, principios o normas fundamentales a que se reduce la noción del derecho natural, según los autores modernos y contemporáneos. Se trata, pues, de la deducción de los principios “intermedios”, y no solamente de la elección de los medios y de las reglas determinadas, una vez que se ha puesto la exigencia del fin o de los fines superiores. Los fines superiores se muestran con un carácter de abstracción y generalidad, las cuales no han podido ser superadas. Se suele decir “debes darle a cada uno lo suyo”, “no debes dañar a nadie”. Pero sucede que aquello “que debe ser dado” y “aquello que debe ser hecho” se definen sólo en relación con las fuerzas históricas y políticas operantes en una determinada sociedad.

Resulta evidente llegar a la afirmación básica de que no existe un *acto de justicia* al vacío, estrictamente normativista, sino invariablemente impregnado de la circunstancia política, a su vez continente de una ideología apoyada y alentada por esa voluntad general de la comunidad corres-

pondiente y que responde a ese *algo* que psicosocialmente orienta al hombre y a la colectividad de hombres, visto como el *ideal* a alcanzar, a través de la institucionalidad y la ideología pertinentes. Según Perticone:

Estos “ideales”, estos “principios” superiores, no deben considerarse como conquistados permanentemente. No son posiciones de reposo, antes bien de batalla. De no reconocerlo así, se recaería en la mitología de los iusnaturalistas de viejo estilo, con el peligro de sufrir duras desilusiones en el campo de la experiencia política.

En la Universidad de Bolonia, fundamentalmente a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, se han producido esquemas del pensamiento jurídico verdaderamente relevantes, y en estas cuestiones de la justicia no se abstuvieron de aportar ideas centrales de avance en el pensamiento universal. Un buen ejemplo son las reflexiones del profesor Luigi Bagolini<sup>61</sup> sobre las valoraciones en términos de justicia, en tanto premisas de la ciencia jurídica:

El significado de la ley está condicionado por las valoraciones que haga el intérprete: por las valoraciones presentes en la conciencia de éste, con respecto al momento cronológico y, por lo tanto, histórico, en el cual se produce la interpretación. Por otra parte, las valoraciones del intérprete no son absolutamente libres respecto de las leyes, frente a ellas, antes bien, valen en relación con la ley, ya que continuamente hacen referencia a ésta y presuponen su continuidad.

Nos enseña que interpretar es valorar y valorar es comunicar; es en rigor, al decir de Bagolini, comunicación y participación. Visto de otra manera, *la definición del derecho, en tanto que definición valorativa, implica el criterio de justicia del intérprete.*

La visión de la justicia, presupuesta en la definición del derecho, que sirve de base para que una determinada norma pueda ser considerada jurídica, es lo que atribuye a la norma misma aquel carácter valorador que la distingue tanto de un puro imperativo, como de una mera y simple fuerza compulsiva, y que la distingue también de un mero hecho sin carácter preceptivo. En efecto, si se prescinde de la visión de la justicia implicada en la

<sup>61</sup> Bagolini, Luigi, *La filosofia nella solitudine dell'uomo contemporaneo*, Bolonia, 1955.

norma —en tanto que esa norma sea definible como jurídica— se tiene que llegar necesariamente a conclusiones inaceptables.

El autor boloñés lo explica gráficamente al ejemplificar con las normas: *no se debe robar* y *quien roba será castigado*, que vistas desde aquel punto de mira tan aséptico —normativismo sin visión de justicia—, son estructuralmente equivalentes a un mero hecho inserto en el proceso más simple de causalidad. Si así fuere, bajo el contexto normativo, sólo la segunda de esas disposiciones mantendría algún sentido, disolviéndose ésta a una estricta reducción del derecho a la fuerza.

En cambio, si, como es debido, se concibe la norma jurídica como algo que implica una visión de la justicia, entonces se puede hablar de la norma jurídica como expresiva de una tendencia a influir los comportamientos, tendencia a la cual corresponde la postulación del asenso práctico de sus destinatarios. Por lo tanto, esto corresponde a la postulación de una libertad irreductible de elección entre obrar de acuerdo con la norma y obrar contra la norma. Por consiguiente, tan sólo de este modo se evita la simple ecuación entre derecho y fuerza.

La justicia es orden desde lo presocrático y esto lo traduce en lenguaje contemporáneo a:

El problema concreto de una visión de la justicia es el problema concerniente a la perspectiva de un cierto modo de integración de los intereses y de las finalidades humanas que surgen de la historia. El concepto de integración de intereses puede ser usado como expresión del significado objetivo de la justicia en la infinita pluralidad de posibles sentidos, que tal significado es susceptible de asumir históricamente. En efecto, sucede que toda visión de la justicia se presenta históricamente como perspectiva de una integración de intereses y, por tanto, de fines, en nexos de correlación y de subordinación, sobre la base de ciertos fines y de ciertos intereses, puestos cada vez como fundamentales y últimos.

El cimiento real de esa perspectiva es la dinámica axiológica e ideológica de una determinada comunidad política en un momento y lugar dados. Así, nos insiste:

Varían los intereses y los fines puestos y reconocidos como fundamentales y últimos, y varían las respectivas visiones de la justicia. Sin embargo,

permanece constante el significado objetivo evocado por la palabra justicia en la variedad de los contextos en la cual ella es puesta, aunque varían los sentidos que tal significado objetivo es susceptible de asumir. En consecuencia, toda definición general del derecho, toda doctrina jurídica y todo proceso interpretativo, por virtud de implicar una visión de la justicia, deben ser necesariamente condicionados, directa o indirectamente, por una perspectiva de finalidades últimas. Esas finalidades últimas constituyen necesariamente el horizonte histórico y práctico que circunscribe toda actividad jurídico-legislativa, científica e interpretativa.

Y sabemos que la creación del derecho, su proceso doctrinario o su interpretación judicial, se criba en todo momento a través del puro razonamiento jurídico —el *deber ser*— pero simultáneamente, insoslayadamente también, por el proceso político, guardián de la ideología, retratado en la razonabilidad de los procesos y actos que nos ubican inmediatamente en lo *que puede ser*.

Tan es así que si queremos ver a la justicia como orden histórico, debemos renunciar a las nociones de lo inmutable y lo absoluto, y debemos implicar, al decir de nuestro autor, el hecho de poder que puede incluso resultar diferente y aun contradictorio respecto de otros órdenes como el jurídico, el moral o el teológico.

Por no ser un orden cerrado, absoluto y definitivo, un orden debe implicar otros órdenes, esto es, otras perspectivas de la justicia, desde cuyo punto de vista pueda ser criticado y renovado. La renovación y la apertura del orden implican la crítica del orden. Pero la crítica del orden implica la pluralidad y la variedad de los órdenes. La crítica de un orden presupone la posibilidad, hablando metafóricamente, de que un orden sea contemplado desde fuera, es decir, presupone la valoración externa de las finalidades del orden: externa, en cuanto realizada desde los puntos de vista de finalidades relativas a órdenes diversos. También desde el punto de vista político, una crítica efectiva y válida debe ser una crítica externa respecto de los intereses de las personas que están en el poder, una crítica por obra, y desde los puntos de vista, de personas que no estén en el poder, pero que puedan sustituir a las personas que están en el poder.

Ello significa poner en juego las ideologías y las fuerzas de la oposición política en términos de justicia, sus actos y resultantes. Bagolini aún dice más al abundar respecto de una posible crítica pura interna de un pensamiento absolutizado, que desde un punto de mira político deviene

en una crítica tan sólo oficial y propia de regímenes autocráticos, y por ello no es auténtica ni válida:

Por consiguiente, para que la crítica de una visión y de un orden de justicia pueda ser realizada eficazmente, debe determinarse por un esfuerzo intencional de participación comunicativa en la situación histórica y concreta a la cual están conectados los intereses y los fines básicos de aquella determinada visión de la justicia que sea objeto de crítica. Y esto debe hacerse desde el punto de vista de una situación diferente, con la cual estén conectadas las finalidades de una visión diferente de la justicia.

La evolución del ordenamiento jurídico mediante la interpretación debe siempre pasar necesariamente al terreno de la pluralidad y variedad de las visiones de la justicia, terreno en el cual los contrastes son siempre posibles y pueden verificarse en mayor o menor medida.

En estos campos se diría que la justicia en tanto valor social elevado es factor ponderable por las corrientes sociopolíticas, tal vez divergentes en lo ideológico, aunque concurrentes en lo esencial; por ello el autor agrega:

Los contrastes entre diversas visiones de la justicia no abarcan necesariamente todos los sectores de la experiencia jurídica. Hablando metafóricamente, se puede decir que, en ciertos sectores, diversas visiones de la justicia se sobreponen y coinciden sin contradecirse la una con la otra. Estas esferas de coincidencia son evidentemente susceptibles de ampliarse o de restringirse o de extinguirse, según el cambio de las situaciones históricas y, correspondientemente, según aquello que podría llamarse ritmo y movimiento dialéctico de las visiones de la justicia. Por eso, el hecho de que sobre la interpretación de ciertas normas durante determinado tiempo no se verifiquen divergencias, no significa que se trate de normas que estén fuera de aquella evolución del derecho. Significa tan sólo que en la evolución del derecho se producen coincidencias en la pluralidad de las visiones de la justicia en su movimiento histórico dialéctico.

Resulta claro que sobre todo en las democracias esos ritmos y movimientos dialécticos de las visiones de justicia suelen contar con tiempos de maduración política y social, pero desde luego, llegado el momento de las confrontaciones ideológicas en una elección determinada, la voluntad general optará o no por el cambio ya sea ampliando los términos de la concepción vigente, restringiéndolos o simplemente extinguiéndolos. El

derecho, y con él esa visión de la justicia, por corresponder a las necesidades, intereses y finalidades de la comunidad, seguirá evolucionando aun cuando no se note una velocidad acusada o vertiginosa como en los tiempos de revolución o evolución acelerada, pero desde luego encontraremos influencias ideológicas en estas edificaciones legislativas y doctrinarias, pero también al momento de la interpretación judicial más estricta y restringida.

Por su parte Norberto Bobbio,<sup>62</sup> el eminente profesor de Turín, un puente formidable de orden intelectual entre este pensamiento de posguerra y los autores más contemporáneos que aportan en un mundo globalizado o como preferimos referirlo, un *nuevo orden mundial*, se pronuncia por la plena justificación científica de una teoría formalista del derecho. En primer término reclama que el derecho en tanto conjunto normativo, como ordenamiento jurídico, ha de ser estudiado con independencia de ideologías o estimaciones que impliquen dichas normas. Pero la sola circunstancia de mencionar tal, nos dice que esa teoría formalista no rehuye de otro tipo de estudios que la complementen —sino por el contrario, los precisa, los estimula— relativos a los fines del derecho, esto es, precisamente a los campos ideológicos y axiológicos, y por supuesto, el análisis sociológico del fenómeno jurídico.

Para Bobbio el formalismo se limita a estudiar la estructura formal del derecho y no prejuzga sobre cuestiones axiológicas, pero esta tesis que promueve se diferencia con claridad del formalismo ético o concepción legalista de la justicia que considera justo, estrictamente, lo impuesto por la ley que emana del soberano y esto, en sus palabras, reduce al derecho a la fuerza. Su teoría tiene como propósito simplemente delimitar de otras las condiciones básicas del derecho y de los deberes jurídicos, y por ello ha de trabajar ajena a toda ideología política, sistema ético o enfoque axiológico. Sin embargo, al arribarse al acto de justicia desde un derecho así estudiado, el profesor turinés reflexiona:

Del mismo modo que en un sistema jurídico formal el principio de no contradicción se convierte en una regla básica de la convivencia, en un sistema lógico convencional, el principio de legalidad se convierte en una regla básica del discurso. El jurista formalista dirá: “no se debe cometer ninguna contradicción”. El lógico convencionalista dirá: “Es necesario

<sup>62</sup> Bobbio, Norberto, *La lógica jurídica de Eduardo García Maynez*, México, UNAM, 1956; *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, Giappichelli, 1960.

atenerse a las reglas establecidas (*pacta sunt servanda*)”. La contradicción hace impracticable un sistema normativo formal, así como la violencia del principio de legalidad hace impracticable un sistema lógico convencional. Una concepción legalista de la justicia remite a la lógica; y una concepción convencionalista de la lógica remite a la teoría legalista de la justicia. Así pues, asistimos a una equivalencia o intercambiabilidad entre lógica y derecho. Por una parte, el mundo de las convenciones, que es del derecho, busca la estabilidad tan sólo en una estructura lógica del sistema. Por otra parte, los sistemas lógicos buscan una mayor movilidad de sus estructuras en un fundamento convencionalista. Formalismo jurídico y convencionalismo lógico proceden a dar pasos semejantes: parece como si en el campo práctico fuese necesario un antídoto para el absolutismo lógico. A la pregunta sobre cuál sea el fundamento de validez de una regla lógica, el formalismo lógico responde: “En el estar fundada sobre una convención inicial”. Mientras que la lógica garantiza la validez de un sistema jurídico, el derecho garantiza la validez de un sistema lógico. O sea: un ordenamiento jurídico, para ser válido, debe respetar el principio de no contradicción; y un sistema teórico debe respetar el principio de legalidad.

Bobbio revuelve la iusfilosofía que le era aprehensible de sus contemporáneos, pero no cae en el relativismo kelseniano y acepta al jurista que siempre tome en consideración los factores informantes del ordenamiento jurídico que no son otros que axiología, ideología y sociología. Su intercambiabilidad entre derecho y lógica, sus preocupaciones por evitar el absolutismo lógico y sus bases jurídicas halladas en los convencionalismos, que no son otros que los de orden sociopolítico, nos indican sus inclinaciones a mirar con severidad lo estrictamente formalista del derecho en mezcla saludable de valores, hechos sociales y tendencias políticas.

Dentro del pensamiento italiano de la época hay un autor que nos brinda aportaciones fundamentales en nuestro desarrollo al intentar reunificar en una sola pieza intelectual a la ciencia y a la técnica jurídicas, por lo que supone de realización estricta de la justicia. En efecto, Alessandro Giuliani<sup>63</sup> al estudiar el tema de la experiencia jurídica le brinda un alcance integral desde el punto de mira filosófico. Él entiende que la distinción radical entre ciencia y técnica es un producto evidentemente positivista que excluye a la ciencia como fuente del derecho al exigir que todas las fuentes queden reducidas a una sola: el dogma de la ley, en tan-

<sup>63</sup> Giuliani, Alessandro, *¿Ciencia o técnica del derecho?*, Madrid, Anuario, INEJ, 1955.

to manifestación omnímoda de la voluntad del Estado. Bajo esa estrecha lente se crea la escuela exegética que trabaja tan sólo sobre un derecho dado, entendido como algo extraño o presupuesto, y por ende, desciende a la jurisprudencia a un estricto empirismo, a una mera técnica y no la ve como una búsqueda de principios.

Sin embargo, este autor descubre al derecho, más que como presupuesto de la ciencia, como resultado del trabajo científico; así, puede decirse que la ciencia participa en la creación del objeto. La ciencia jurídica moderna al abdicar de un férreo positivismo, intuye en el iusnaturalismo —de vuelta— un asidero importante hoy en día, porque ahí existen principios válidos y operantes. “El logro de esta constatación nos impone la necesidad de indagar los límites de validez de la distinción entre ciencia y técnica en el derecho: tal distinción presupone necesariamente una concepción rígidamente exegética de la jurisprudencia”.

Y no es eso con lo que nos conformamos hoy día:

Hay algo que es propio de la experiencia jurídica. La técnica del derecho no se puede reducir al plano de una mera empirie, en la que no se puede encontrar principios y conocimientos ordenados sistemáticamente. La técnica jurídica no tiene nada de artificial, de arbitrario. ¿Cuáles son los instrumentos de esta técnica? Conceptos e instrumentos conceptuales. ¿Para qué sirven? Para interpretar. La técnica jurídica es, pues, esencialmente una técnica interpretativa; y el problema de la interpretación es el problema de la ciencia jurídica.

Ese problema de la interpretación no es otro que el quehacer humano de la justicia, y mal podría prescindir de principios y conocimientos absolutamente ligados a ideología, valores y hechos sociales. Así, cuando el jurista tiene ante sí hecho y norma, al decir de Giuliani:

El oficio de interpretar, que corresponde al jurista, no se agota en volver a conocer una manifestación de pensamiento, sino va más allá del puro reconocimiento de ella, para reintegrarla y realizarla en la vida de relación, en orden a la composición preventiva de los conflictos de intereses previsibles en ella. Así, intelecto y voluntad cesan de ser términos en contraposición. Del papel que ambos juegan en el proceso de la interpretación podremos recabar útiles indicaciones para determinar la naturaleza de la ciencia jurídica.

Esto es natural cuando de justicia hablamos, pues es claro que el intérprete mira hacia un resultado práctico, esto es, a la regulación de un con-



flicto de intereses. Digamos que *la interpretación jurídica es una interpretación en función normativa* y desde luego en ello va embebido todo el proceso sociopolítico. Cerremos con una apreciación clarificadora del propio Giuliani quien advierte: “Dado el “doble momento sistemático y teleológico” de la interpretación, sería un “prejuicio logístico” identificar la lógica del derecho con la lógica formal, en cuanto que el intérprete no realiza una operación de naturaleza aritmética, y sí una apreciación, una valoración de intereses”.

Loevinger,<sup>64</sup> el abogado norteamericano, desde el pragmatismo de su ejercicio profesional nos invita a considerar en el proceso de solución de un problema jurídico distintas fases de razonamiento estimando que tras la determinación precisa del punto o hechos en conflicto, de sus límites, de sus pruebas, habrá que seleccionar el criterio normativo aplicable, por supuesto en la ley, en los precedentes judiciales, en el simple sentido de justicia y *aun en las convicciones últimas del juez sobre moral, ética y justicia*. Nos dice con toda claridad:

Analizar los factores y elementos legislativos, judiciales y sociológicos que se hallan implícitos y que componen el standard elegido como prototipo fundante de la solución escogida. Con raras excepciones, no se obtienen principios que se impongan como evidentes a base de lo proclamado en las leyes, casos, tradiciones, ideas de bienestar social ni tan sólo de criterios personales acerca de lo justo. Las leyes han de ser interpretadas, los casos han de ser analizados en conjunto y las tradiciones y *mores* han de ser debidamente entendidas. Cualquiera que sea el standard a que se recurra, se hallará que contiene un principio determinante de la solución, generalmente proclamado en términos algo más amplios que los propios del caso de que se trata.

En la Universidad Libre de Bruselas, Chaim Perelman<sup>65</sup> enseñó su nueva crítica a la lógica sistemática en lo jurídico y expuso su teoría de la argumentación. Desde luego que en las formas de razonamiento hemos de hallar por un lado lo estrictamente racional, visto en el *deber ser* del imperativo jurídico, y por el otro lo razonable, que encontramos en las decisiones políticas que se montan en un evidente *poder ser*. El culti-

<sup>64</sup> Loevinger, Lee J., *Una introducción a la lógica jurídica*, Barcelona, Bosch, 1954.

<sup>65</sup> Perelman, Chaim, “La justice”, *Revue Internationale de Philosophie*, Bruselas, 1957; *El ideal de racionalidad y la regla de justicia*, México, UNAM, 1962.

vador —digamos con él— de las ciencias empíricas considera como prueba no la fuerza ideal a la cual el espíritu cede y se encuentra necesitado de ceder, sino que toma en consideración sobre todo la fuerza de los hechos verificados.

Ya en el plano de la justicia nos previene: “Sucede que los textos más importantes sobre la justicia muestran una ambigüedad y una confusión, las cuales a primera vista parecen irremediables, en tanto que resultan a la vez de la variedad de las ideologías y de la diversidad de los niveles sobre los cuales se ha desarrollado la teoría de la justicia”.

Perelman incursiona en las complejas rutas de la regla justa. Ese problema surge cuando ante el desacuerdo en la aplicación de la ley positiva, hay que esforzarse en encontrar dentro del haz del orden jurídico plenario la regla precisa. O cuando hay que suplir el silencio de la ley y entonces acudir al sentido de equidad en el juicio. Y puede suceder que haya que oponer a la ley positiva otros órdenes de reconocida jerarquía social.

Los puntos de vista, en los cuales se colocan los filósofos, para determinar si una regla es justa, son muy variables. Sin embargo, todos tratan de limitar, cada quien a su manera, la arbitrariedad de aquéllos que impondrían leyes tan sólo en nombre de la fuerza de que disponen. Las leyes deben adecuarse ora a una medida real preexistente, ora a un sistema racional, concebido en vista de la realización de un fin ideal. Una regla justa no puede ser arbitraria: debe poseer una justificación en términos de razón.

Seguimos pensando en el sentido del discurso transcrito de Perelman, tal como lo señalamos ampliamente en nuestra *Ciencia jurídico penal*, que las normas jurídicas desde el punto de vista de su acto de creación aspiran al vigor más evidente, simple y llanamente por provenir de un poder estatal con atribuciones legislativas, pero aspiran a validez y positividad por responder cabalmente al orden valioso de la comunidad a la que se vuelcan y por establecer una aplicación cotidiana. Esa legitimidad y reconocimiento sociales se cobran siempre que el hacedor de leyes abreva no sólo de la norma suprema, según el principio innegable de jerarquía normativa, sino cuando se alimenta de axiología y sociología en su lugar y momento de decisión. Una ley así dictada resultará vigente, válida y positiva y será una regla justa, que al momento de ser interpretada, desde la ciencia y la jurisprudencia, al comprenderse que la misma es

una abstracción de orden general, obligatorio y coercible, y por tanto al descender al caso concreto, al acto de justicia, el juez vuelve a actuar en estimativa jurídica, siempre en consideración a esos tres factores imprescindibles: norma-valor-hecho. Vemos los *términos de razón* aludidos por Perelman precisamente en esos productos de la inteligencia humana que hallamos en la racionalidad jurídica y la razonabilidad política.

Recaséns al comentar a nuestro autor reflexiona que “toda justicia humana supone reglas de conducta, pues ella debe justificar los actos, por la conformidad de éstos con tales reglas. Pero ¿le está permitido quedar indiferente respecto del contenido de esas reglas? Hay legistas que defienden este punto de vista, por escepticismo, considerando que ellos son los guardianes del orden impuesto por la autoridad. Ciertamente que el ideal de un orden jurídico establece que se garantice la seguridad en la claridad, lo cual es difícilmente realizable si el juez se aparta de su razonamiento técnico dirigiéndose por preocupaciones de equidad. Sin embargo, Perelman dice: ¿en qué medida el sistema jurídico constituye un orden dado al juez, o en qué medida, por el contrario, es un orden elaborado por el juez? Es inevitable el vaivén de la seguridad a la equidad, y de la equidad a la seguridad. Este vaivén es la vida misma de la jurisprudencia”.<sup>66</sup>

Con relación a los conceptos sobre razonamiento (racionalidad y razonabilidad) Perelman dice:

Por otro lado, el deseo de los formalistas de elaborar razonamientos formalmente correctos, esto es, de acuerdo con las reglas previamente dadas, les impone la forzosidad de descartar del campo racional todo razonamiento que no satisfaga tales exigencias, lo que sucede siempre que uno se esfuerza en deducir valores sin haberlos puesto de antemano.

Ante ello se impone establecer que no es correcto identificar la razón con la facultad de razonamiento deductivo necesario. Esto porque razonar no consiste en un mero inclinarse ante las evidencias, es decir, en sólo calcular y deducir. La argumentación también es razonamiento y eso no resulta arbitrario de ninguna manera. Evidentemente será razonable una decisión jurídica que se cimienta en la fuerza de los argumentos válidos. Perelman informa que “argumentar no es simplemente conformarse a reglas; y argumentar mal no consiste en transgredir las reglas. De una

<sup>66</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 3, t. II, p. 1055.

argumentación se dice que es fuerte o es débil, que está bien llevada o mal llevada”.

Vayamos sobre nuestros pasos en cuanto a lo racional y lo razonable en Perelman:

Un análisis consagrado a la regla de justicia permitiría arrojar algunas luces sobre la idea misma de la razón desde dos puntos de vista, lo racional y lo razonable: el primer aspecto, concerniente a lo que hay de compulsivo, de demostrativo; el segundo aspecto, atingente a lo que hay de argumentativo y no coercitivo en la razón.

En el centro de la justicia siempre atenderemos a lo estrictamente racional que deriva de la norma, pero indefectiblemente hemos de argumentar en la medida de la complejidad del conflicto en conciencia y con ciencia en torno a valores, ideologías y realismo social para fundar una resolución válida y sobre todo, justa.

## VI. ATRÁS DE LA CORTINA

Al término de la Segunda Guerra Mundial en Yalta y Postdam, los vencedores —*los aliados*— se *dividen al mundo* de diversas maneras, alianzas y pactos, rupturas y desencuentros, y la voraz Unión Soviética de Stalin plantea sus fronteras, llevándose a Europa Oriental atrás de sus muros ideológicos. Churchill, tal vez con razón, los bautizó como los países atrás de la *cortina de hierro* por su aislacionismo o secrecía tan proverbiales. Esa división respondió básicamente a un par de criterios imperialistas integrados por ese *primer mundo* capitalista a cuya construcción ideológica de posguerra ya nos referimos, liderado visiblemente por la naciente potencia norteamericana y por este *segundo mundo* de contenido marxista-leninista, economía centralmente planificada y burós políticos, supuestamente proletarios pero integrados por una enorme y fuerte burocracia. A partir de su confrontación ideológica y de modelos socioeconómicos, surgió el problema más completo de *universalización* que el planeta hubiera vivido jamás y por ende la llamada *Guerra Fría*.

En este mundo atrás de la cortina, el derecho se fue literalmente a los museos *como la rueca* y resulta muy pobre el panorama cuando de emprender un estudio sobre teoría jurídica soviética se trata. El único derecho fundamental, el *bien* más valioso, si no es que el único, era el deter-

minado por la Revolución Bolchevique. Marx les enseñó que *Vuestro derecho es la voluntad de vuestra clase, investida con la autoridad de una ley*. Así, en interpretación libérrima de los bolcheviques, tomaron esta crítica marxista al orden jurídico capitalista como definición y por ende entendieron que el derecho *no puede ser otra cosa que un instrumento del gobierno de una clase*. Ante tal, Lenin mostró el camino en estas cuestiones: *el derecho ha sido siempre la expresión de la voluntad de las clases que obtuvieron la victoria y conservaron el poder político en sus manos*. No es extraño que Stuchka,<sup>67</sup> primer comisario de justicia del naciente régimen comunista, escribiera: “El derecho es un sistema u orden de las relaciones sociales que corresponde a los intereses de la clase dominante y es salvaguardado por la fuerza organizada de esta clase”.

En el fondo de todo existía un profundo desprecio por el derecho al mirarlo como mero instrumento de dominio que la burguesía había creado en su propio provecho. Sobre el derecho prevaleció siempre la conciencia socialista y la llamada justicia de clase, constantemente supeditados ambos lemas a la *rápida eficacia revolucionaria*. Para Lenin: “El concepto científico, la dictadura, significan ni más ni menos que el poder basado directamente sobre la violencia, y que no se halla limitado por ninguna norma ni restringido por ninguna ley... La dictadura significa poder ilimitado que se basa sobre la fuerza y no sobre el derecho”.

Esta visión comunista vio a la dictadura del proletariado sólo como algo temporal, durable en tanto se eliminaba a la burguesía, lo que arrojaría a un comunismo pleno donde reinaría la más absoluta libertad y la más completa igualdad. Todo este mundo ofrecido se basaba en la voluntad popular y la cooperación que harían inútiles la autoridad del Estado y el derecho. Estos dos entes desaparecerían para dar entrada a lo que denominaron una simple *administración de las cosas*. Al paso de los años la realidad se impuso y los soviéticos tuvieron que reforzar el poder mediante leyes. Surge el derecho comunista en tanto instrumento al servicio de la dictadura del proletariado. Sus pilares fundamentales, por razón natural, fueron dos entecas figuras: las reglas de organización del poder y el derecho represivo. Por supuesto el derecho privado, considerado como producto burgués que regulaba las relaciones intersubjetivas, ya no resultó útil, dado que la comunidad política de la clase proletaria era un to-

<sup>67</sup> Stuchka, P., *Soviet Legal Philosophy*, Harvard, 1948.

do unitario y no se concebía la necesidad de delimitar derechos recíprocos y deberes entre los individuos.

Sin embargo, en los prolegómenos de la Segunda Guerra Mundial, los soviéticos tuvieron que adoptar ante la realidad siempre terca un doble discurso: por una parte, la más clara ortodoxia de su modelo comunista en torno a la cual se mostraban extremadamente rígidos, y por la otra, se vieron obligados, ante las circunstancias humanas más evidentes, a aceptar ciertos conceptos clásicos de corte jurídico que habían rechazado por estimarlos propios del régimen burgués.

Para desarrollar esto último tengamos en cuenta que en tanto en el llamado *primer mundo* la ciencia jurídica era producto del pensamiento individual de los tratadistas y autores, quienes se esforzaban en averiguar y sostener mediante argumentaciones largas y precisas que el derecho y la justicia eran nociones de total agnosticismo en relación con valores y se hundían en su más aislada sustantividad normativa, o a la contraria, en inocularles ingredientes axiológicos y sociológicos y por ende ideológicos, todo en el seno de regímenes democráticos según acabamos de repasar, en este *segundo mundo*, toda construcción filosófico-jurídica era impuesta desde el gobierno mismo. Aquí no guardamos duda alguna en el sentido de si la justicia era continente de una ideología determinada.

El fenómeno soviético nos muestra una constante interacción entre dogma y práctica. Por ello, para los observadores occidentales no resultaba comprensible ese oscilar, esos virajes súbitos, esas regresiones y esas purgas stalinistas, al menos en campos relacionados con la ciencia social y los propios desarrollos políticos de esas horas. El precitado Stuchka afirmó que *el derecho es el orden social mismo de la clase dominante mantenido por la fuerza organizada de ésta*. Por tanto, para él la legislación representa un conjunto de imperativos volitivos y es considerada una mera sombra de las actividades sociales y económicas efectivas de los seres humanos. Estas consideraciones derivaban de los viejos conceptos premarxistas y por tanto no podían ser aceptados como tales por el régimen soviético, quien no descubría en dichos argumentos ninguna referencia a su base ideológica establecida en la lucha de clases.

Así el autor, bajo esa *línea de pensamiento oficial*, introduce la idea en la caracterización del derecho. El derecho se integra, nos dice entonces, por el sistema de las relaciones mutuas entre individuos, correspon-

de siempre a los intereses de la clase dominante y se garantiza por la fuerza organizada de dicha clase. Reisner,<sup>68</sup> trastocando todas sus concepciones previas, indica que la fuerza impulsora del derecho soviético se halla en:

La conciencia jurídica revolucionaria de los obreros, inspirada por la idea de la igualdad universal. Antes de la revolución comunista encontramos diversos tipos de derecho clasista. El derecho se desarrolló en diversos sistemas ideológicos, correspondientes a las clases que fueron dominantes en los sucesivos periodos de la historia. Pero el triunfo de la revolución bolchevique suministró materiales nuevos y únicos, no sólo para la construcción práctica del derecho, sino también para una revolución teórica en el campo de la ciencia jurídica.

A fin de cuentas esa *resolución práctica y teórica* consistía en la anulación del derecho. Para Reisner era claro que esta ciencia basaba su existencia en las desigualdades de hecho como signo constante y así no tenía ningún sentido para la ortodoxia marxista. La fórmula de la más elemental justicia distributiva: *a cada quién de acuerdo con sus capacidades, a cada quién según sus necesidades*, en que se basó ese modelo ideológico, cancelaba para siempre la idea de derecho y por supuesto de justicia conmutativa al desaparecer esos conflictos de intereses, propios de la sociedad burguesa.

Durante la era conocida en el soviétismo como *nueva política económica*, surgió un pensador central del sistema jurídico soviético: Pashukanis.<sup>69</sup> Él partió de los análisis de Marx en torno a las relaciones en el cambio de bienes económicos y fijó un eslabón entre las figuras jurídicas y las formas económicas, y concluyó que estas últimas influyen las concepciones jurídicas básicas.

El Estado soviético, mientras no llegue al establecimiento del socialismo plenario, no puede ni debe prescindir de todas las formas del derecho burgués. Cualquier intento para desarrollar un tipo original de "derecho proletario", o socialista, habrá de estar condenado al fracaso. Sólo el desvanecimiento gradual de las categorías burguesas en la Unión Soviética, acompañado por la transición hacia una sociedad verdaderamente socialis-

<sup>68</sup> Reisner, M., *Law, Our Law*, Harvard, Soviet Legal Philosophy, 1957.

<sup>69</sup> Pashukanis, E., *Theory of Law and Marxism*, 1929.

ta, determinará la progresiva desaparición del derecho mismo como un instrumento de regulación social.

Para estos pensadores, el derecho era un instrumento indispensable en una economía de mercado con conflictos previsibles, ante las pretensiones particulares. Luego entonces, ahí donde no se presentan tales conflictos se está, socialmente hablando, fuera del campo de lo jurídico. Esto significa que miraban exclusivamente las cuestiones del derecho privado, pero en cuanto al derecho público, cuando aparece la relación gobierno-gobernados, ellos miraban no a un derecho, sino solamente una *regla técnica*. Con tales convicciones, aun severamente criticadas por el stalinismo más furibundo que vio en ellas un debilitamiento del Estado soviético, nuestro autor continuó con sus trabajos arrepentido oportunamente y reconducido a los lineamientos de la más pura ortodoxia marxista. Participó en la redacción de la Constitución soviética en 1935, que sustituiría a la muy famosa del 18. Más tarde, simplemente desapareció.

Para construir una auténtica y válida filosofía jurídica soviética, Yudin<sup>70</sup> propuso montarla a manera de guía insoslayable en la literatura marxista. Él propone, a diferencia de sus antecesores, no la supresión gradual del derecho, sino la creación de un derecho socialista nuevo y diferente, muy superior al derecho del mundo capitalista. Dice que el derecho no es una fuerza innovadora, sino mejor, una fuerza estabilizante del orden social. A su vez, Vyshinski,<sup>71</sup> el más reconocido académico de la ciencia jurídica soviética, sostuvo la pervivencia y fortalecimiento del derecho soviético como un medio indispensable para fortalecer al Estado revolucionario.

En este autor el derecho no se limita, como en sus predecesores, como un instrumento existente en el puro mundo de los fenómenos económicos, sino por el contrario, es activo, creador y propende a un sistema de normas establecidas por el Estado para la defensa de la estructura social. *El derecho es una disciplina normativa independiente y debe ser considerada como una sustancial corrección en la teoría social marxista.*

El proletariado no produce directamente el derecho, sino que es creado mediante el instrumento estatal, que es el principal utensilio de dominio.

<sup>70</sup> Yudin, P., *Socialism and Law*, Harvard, 1951.

<sup>71</sup> Vyshinski, A., *The Fundamental Tasks of the Science of Soviet Socialist Law*, MacMillan, 1948.



El elemento coercitivo del derecho vuelve al primer plano y así el derecho no es nada sin un mecanismo capaz de imponer coercitivamente sus normas. Nuestro derecho es la voluntad de nuestro pueblo elevada al rango de ley. Y protege los intereses de todos y de cada uno de los miembros de la inmensa mayoría del pueblo, esto es, de la clase trabajadora.

De una manera discursiva y apologética de su sistema, tal vez poco sería dadas las relaciones internacionales del momento, Vyshinski argumentó:

Al reducir el derecho a la política, se despersonalizó al derecho como conjunto de leyes y con ello se minó la estabilidad y la autoridad de las leyes, sugiriendo la falsa idea de que la aplicación de la ley se define en el Estado socialista por consideraciones políticas, y no por la vigencia y autoridad de la ley misma. Tal idea significa desacreditar sustancialmente la legalidad soviética y el derecho soviético, puesto que incita a desarrollar una política, y no a defender los derechos de los ciudadanos, e incita a seguir las exigencias de la política cuando se tenga que fallar conflictos sometidos a los tribunales. Hablar frívola e irresponsablemente del derecho soviético como una mera forma de política equivale a sugerir que en las leyes soviéticas, en la justicia soviética y en la actividad de los tribunales soviéticos, se hace depender la vigencia del derecho de las demandas políticas del Estado... El derecho no puede ser reducido simplemente a política, como la causa no puede ser identificada con el efecto.

Juzgamos de dudosa sinceridad esos asertos y todavía, al presumir *su* derecho soviético como muy superior al burgués, indica que *sólo en la sociedad socialista adquiere el derecho una firme base para su desarrollo*. En cambio, para su modelo afirma con rotundos comentarios:

En términos generales puede decirse que, por primera vez en la historia, se ha eliminado el conflicto entre los intereses sociales y los individuales, y el conflicto entre los intereses del ciudadano y los intereses del Estado, cabría preguntar, la razón por la cual resulte necesaria en la Unión Soviética la existencia de un poder coercitivo.

Y nos deja su conclusión mayor: “En una sociedad en la que no hay clases rivales no puede haber contradicción entre el gobierno y el individuo, puesto que el gobierno es efectivamente el individuo colectivo”.

Al no ser posible ninguna argumentación ante lo ingenuo o mentiroso de estas frases, resulta imposible indagar, frente a los sistemas de justicia de la zona atrás de la cortina, las fuentes y cursos de sus estructuras jurídicas, pues es seguro que en ese mundo ideal también se produjeran conflictos intersubjetivos o entre individuos y clase gobernante, pues más allá del *colectivo* encontramos un politburó dirigente y propietario de las consignas de gobierno. De lo que sí podemos estar ciertos es de que la impartición de la justicia, la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto no comunizado, se hallaba perfecta y cabalmente ideologizada y en ese aspecto no merece un esfuerzo mayor de análisis.

El discurso marxista de la justicia y el derecho, tanto en la propia URSS como en los llamados satélites de la Europa oriental y en otras naciones del globo que adoptaron el modelo de economía centralmente planificada, como Cuba o la misma China, continuaron por esos derroteros de fachada exterior justificante y prácticas interiores en las que no se concebía ningún otro derecho, ningún otro bien a proteger que el interés de la revolución y el único deber de cumplir con sus postulados a despecho de cualquier garantía ciudadana individualizada.

Ya en estadios más avanzados de su pensamiento, Golunskii y Strogovich,<sup>72</sup> juristas soviéticos, manifestaron:

El derecho es un conjunto de reglas para la conducta humana, establecidas o afirmadas por el Estado, cuya fuerza coercitiva garantiza su puesta en práctica, con el fin de defender, asegurar y desarrollar las relaciones y acuerdos jurídicos beneficiosos y ventajosos para la clase dominante, es decir, para el proletariado.

Estos vanos y contradictorios empeños intelectuales merecían toda clase de explicaciones al exterior. Así, otro jurista influyente, Trainin,<sup>73</sup> se pronunció en torno al papel de la política en el derecho:

La política es un factor dinámico en el arte del gobierno. El derecho se produce mediante la política, pero no es idéntico a ella. El derecho introduce un elemento estático en el orden social. Una vez que una ley ha sido dictada, congela la política y determina que el juez tenga que obedecer forzosamente lo mandado por la ley. Mediante el Estado, el derecho asegura la estabilidad de las relaciones dictadas por la política.

<sup>72</sup> Golunskii, S. y Strogovich, M. S., *The Theory of the State and the Law*, Harvard, 1953.

<sup>73</sup> Trainin, I., *The Relationship between State and Law*.

No es necesario hacer resaltar lo torpe y burdo de estas construcciones iusfilosóficas, pues ya desde nuestra mentalidad occidental nos hemos esforzado por edificar las sanas y debidas relaciones entre derecho y política, legalidad y legitimidad, vigencia, validez y positividad. Incisos anteriores nos han dejado un regusto mucho más sustancioso a partir de las propuestas kelsenianas y las de sus simpatizantes y detractores, las de los pensadores afiliados a tesis de jurisprudencia afines a los intereses y no tan sólo conceptualistas o francamente inclinadas a sus aspectos sociales. En fin, hemos transitado por fragmentos de la intelectualidad más conspicua en lo jurídico para desentrañar, o tratar de hacerlo, el sentido ideológico del *acto de justicia*; pero resulta de clara evidencia que los productos marxistas-leninistas no se avienen ni en calidad o profundidad de pensamiento, ni en método o sistema, a nuestras necesidades actuales de investigación.

La verdad es que el comunismo nunca trascendió a ese estadio último de sus constructores, que supuso la desaparición absoluta del derecho y precisaron mucho de él, fundamentalmente en sus aspectos de relaciones exteriores, pues en lo interno no existió más aplicación jurídica ni más justicia que la dictada por el totalitarismo. El comunismo, dados sus propios defectos internos, se derrumbó previos esfuerzos de actualización y revisión vistos en la Glasnost y en la Perestroika que intentaron, entre otras metas, la readecuación jurídica del sistema. Ese derrumbe desapareció el mundo bipolar que significó la segunda mitad del siglo XX, en el seno de una llamada Guerra Fría y nos ha dejado un *nuevo orden mundial* que debemos conocer.

## VII. UN RECUENTO OPORTUNO

Hasta ahora hemos realizado un repaso que no ha sido inútil en torno a los afanes de esta obra y podríamos hacer un paréntesis en nuestro camino para asumir algunas conclusiones globales, algunas visiones que dibujan el trabajo intelectual contemporáneo y estimulan a continuar adelante.

Podemos decir que *justicia* es el criterio ideal del derecho desde cualquier acepción que se le tome: natural, racional, de valores. El hombre como ser utópico concibe un mundo ideal y en él se inspira el derecho que es determinado hacia la realización plena o más cabal posible de la

justicia. En otro sentido, que hemos dejado a los filósofos, la *justicia* es la mayor virtud comprensiva de todas las demás virtudes.

Desde la primera óptica caemos en la cuenta de que la justicia puede o debe estar ligada al campo de la ética pero sin agotarla; lo justo se concibe en nuestros campos de reflexión como algo más limitado a las nociones de lo bueno y lo malo. Ahora podríamos adelantar que la justicia es una idea que inspira al derecho positivo. Decimos asertivamente que justicia es el valor jurídico por excelencia y no sólo eso, sino de muchas maneras, el principal.

Los estudios en torno a la justicia a la luz de aquella afirmación se han envuelto en lo que denominamos la *estimativa jurídica*. Y esto nos lleva de la mano directamente al estudio de algunos valores concretos implicados en esa noción de estimativa. Invoquemos a Recaséns para beneficiarnos una vez más de su claridad expositora:

Cuando llamamos justo algo, con esto queremos denotar que se trata de algo moralmente bueno. Algo moral, en tanto viene en cuestión solamente la justicia allí donde opera la voluntad humana. Las cosas y los animales, en tanto tales, no pueden ser justos ni injustos. Por otra parte, es característico para la justicia el hecho de que con este vocablo no sólo se designa una voluntad humana, una intención, una “virtud” sino también relaciones, estructuras e instituciones creadas por los hombres. Esta primera meditación pone ya de manifiesto que mediante el concepto de justicia lo moral es ensanchado más allá del reino inmediato de la voluntad; y que con este concepto se produce una cierta objetivación o dosificación de lo moral.<sup>74</sup>

Pero no volvamos a caer en la tentación de confundir al estilo *iusnaturalista*, derecho con moral. El maestro español utiliza el vocablo *moral* tan sólo para injerir lo correspondiente al hombre, pero tengamos presente que en el ámbito de *lo moral* no hay problemáticas en torno a correspondencia o competencia, pues lo moral es exclusivamente unilateral y no bilateral como el derecho que *impide*, más que *omite*, como la moral. En la justicia como determinante del derecho no se ve a la persona como tal, sino siempre en referencia con *algo*, un campo material que no es persona.

<sup>74</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 3.

Debemos asumir que la idea de justicia implica que el hombre se ve inscrito en un orden. El hombre es parte de una estructura y es dueño de una parte o un determinado lugar en ella. Esa estructura ordena el ámbito pleno de la vida y por ello la coexistencia de cada cual con los datos naturales del entorno. En razón precisamente de la justicia cada uno está inserto y con ello resulta que está a su vez sometido a otra instancia que dispone. Cobramos una idea de ensamblaje, de arreglo, de disposición en la noción de justicia, pues ésta siempre significa algo firme e impersonal. La justicia es en rigor quien determina lo que *me pertenece* y se halla previamente fijado.

En justicia lo que aparece no es propiamente una persona sino *su pretensión*, su derecho, su participación en lo ya estructurado y por ello la justicia, a diferencia de lo moral, es de orden estatutario. Y por esa razón, porque la justicia no tiene que ver con la persona misma, sino con su participación estructural que mana de ella, se habla de los predicados de justo o injusto, y de tal manera es así que la justicia no se inscribe en las cuestiones éticas de cada persona, pero sí en la ética de las normas y de las instituciones. En esta última expresión, la justicia constituye el principio supremo, aunque en la ética personal pueda ocupar un lugar inferior.

Del repaso que hicimos en los incisos anteriores tratando de exponer una *summa* más o menos relevante del pensamiento universal sobre la justicia, nos hemos enterado de una paradoja singular o especie de contradicción. Hallamos que mientras alrededor de la noción general las diversas escuelas o manifestaciones intelectuales coinciden, y tal vez podríamos hablar de una identidad radical como quiere Recaséns, dándole a la justicia el honroso carácter de ser el tema de la ciencia jurídica que presenta una unanimidad esencial, en sus aspectos aplicativos prácticos nos enfrentamos a diferencias muy acusadas y controversias que no han sido ajenas a la arena política.

Eso que de primera intención resulta casi inexplicable tiene por razón la dificultad misma que se encuentra no en la idea general de justicia, sino en sus supuestos, referencias e implicaciones, según vimos. Nadie se equivoca para presentar a la justicia a través de los tiempos, lugares y escuelas, como un orden, una regla de armonía, de proporcionalidad entre las personas o entre éstas y la comunidad.

El promover esa proporcionalidad, esa igualdad entre lo que se da y se recibe al momento del *acto de justicia*, implica *criterios de medida*, o di-

cho de otra manera, *pautas de valoración* de esas realidades que aspiran a la armonización. Todos estamos de acuerdo, para verlo desde otra atalaya, en que se debe tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales, ¿pero cómo debemos apreciar las mismas? Ante esto, tanto filosofía política como axiología jurídica discrepan entre sí y sus respectivas escuelas, y constituye, por si fuera poco, uno de sus materiales de estudio más significativos.

Cuando sobrevolamos el pensamiento sobre la justicia, percibimos esas coincidencias desde las definiciones más formalistas hasta las de matiz más axiológico o sociológico en torno a la coincidencia generalizada de entrañar en la justicia sentidos de igualdad y proporcionalidad, y si es así, los distintos sistemas revisados de estimativa jurídica se conflictúan al no proporcionarse criterios para la medición, y sin ellos resulta complejo apreciar con precisión esa igualdad armónica. ¿Cuáles son las verdaderas concepciones del ideal jurídico, del derecho justo?

Desde luego, para aspirar a las respuestas no nos conformamos con el puro perfil formal de la idea y tendemos a averiguar esas medidas de estimación, a fin de estar en condiciones de alcanzar lo justo. Ciertamente hemos descubierto en nuestros autores, de una o de otra manera, que esa proporcionalidad anhelada en la igualación se inscribe en una pura idea formal, pues ella misma establece el empleo de criterios de medida, tasa los criterios, diríamos, desde la norma jurídica, pero ¿igualdad desde qué punto de mira, o cómo?

Y entonces vimos en los autores invocados que el *quid* del problema no está en descubrir ese perfil formal, sino que buscamos anhelantes los puntos de estimación a fin de lograr la igualación proporcional. Ese perfil formal nos brinda tan sólo criterios normativos conforme a un *deber ser*, pero en el acto de justicia no pensamos en hombres en abstracto, sino inscritos en el centro mismo de su mundo de relación y actividad social. La estimativa jurídica trasciende ese mero *deber ser* y se va a un específico *debiendo ser*, pues en el trasiego de la justicia no puede pensarse en el dar lo mismo, sino lo equivalente, y para lograr un criterio de homogeneización precisamos de esa pauta que equipare a los heterogéneos. La justicia acaba por convertirse en un sistema estimativo. Una regla posible para resolver la cuestión es la estrictamente utilitarista desde

el enfoque económico, pero la *iusfilosofía* repugna en general atenerse tan sólo a dicha pauta.

Un problema constante en materia penal ha sido la llamada reparación del daño, que para algunos visionarios de lo estrictamente resarcitorio compone el centro de la justicia penal, descendiendo la vulneración de bienes jurídicos valiosos —los más valiosos de la comunidad— a un mero problema de satisfacciones en pesos y centavos, lo que resulta inviable, inicuo e intransigente. Sabemos que si un hombre pobre daña a otro poseedor de riquezas o ingresos mucho mayores, criminalmente, un bien, la lógica resarcitoria es pagar lo estrictamente equivalente al precio de lo destruido. Esto pudiera parecer justicia, pero debemos intuir que tal vez para el hombre más rico el bien destruido le pudo significar, por ejemplo, un equivalente a un año de sus ingresos, en cambio, para el infractor resarcir ese daño puede significar esfuerzos laborales equivalentes a toda su vida o más, y entonces ya no estamos ante un acto de justicia, sino estrictamente ante uno economicista y resarcitorio. En materia de sanciones económicas, desde este punto de vista penal, la multa en favor del Estado ya ha modificado sus criterios al llamado *día-multa*, pero no funciona así cuando nos volvemos totalmente utilitaristas en cuestión de reparación del daño. Recaséns reflexiona:

Se nos ha revelado cómo en los términos, entre los cuales se trata de establecer una justa equivalencia, se insertan densos y complicados manojos de estimaciones, fundadas cada una de ellas en valores distintos y de desigual rango. La igualdad que la justicia exige consistiría en que, calculadas en su debida combinación las diversas valoraciones que afectan a uno de los términos de la relación, resultase que en el otro término se diera una pareja magnitud total de estimación. Habría que desarrollar algo que metafóricamente podríamos llamar un álgebra de las estimaciones, gracias a la cual pudiésemos conseguir criterios certeros de mensura, para llegar a apreciar las sumas de valoraciones en combinación, que encarnan cada uno de los términos de la relación. Y digo la suma en combinación, porque puede ocurrir que la estimación fundada en un valor superior anule las consecuencias de otras estimaciones basadas en valores inferiores.

Esto nos lleva inmediatamente a abandonar un mero normativismo para encontrar que la estimativa jurídica descansa más en criterios de valor, al procurar hallar con certeza —justicia— la proporcionalidad que iguala, y ya sabemos que esa *certeza* ha de ceder un poco ante el *acto de jus-*

*ticia* humano a partir de jueces no automatizados, sino talentosos. La valoración jurídica viene a sumarse, desde el campo del iusfilósofo, a la práctica cotidiana del jurista frente a sus casos prácticos.

Por más formalistas que seamos nunca olvidemos que una relación jurídica quiere decir una situación de participación social en un entorno pleno de valores y por ello nuestro tema, la justicia, exige que la norma jurídica regule dichas situaciones, logrando que en las concreciones de esos valores, vistos desde cada persona, se alcance esa proporcionalidad. La justicia es un valor repudiado por el relativismo axiológico, y siendo valor aprehende los valores que ella misma concita en el mundo jurídico. Desde ese punto de mira entendemos a la justicia y no como quiere Kelsen y sus seguidores, ajena a toda concepción del derecho.

Otra vez debemos invitar al lector a conocer nuestros puntos de vista e ideología en torno a la ciencia jurídica en nuestra edición anterior titulada *Ciencia jurídico penal*, pues ahí resulta imprescindible determinar con toda precisión los contenidos jurídicos indispensables al momento de la creación normativa y su interpretación. Hemos planteado que al abandonar todo sentido dogmático del derecho, que se explicó tan sólo como sendero de fuga del *iusnaturalismo*, pero que ha caído en desgracia universal, lo que tenemos enfrente es la experiencia jurídica que abreva de manera inmediata de su *matria* constitucional, de donde asume los derechos fundamentales para su debido desarrollo legislativo, nunca procedente de revelaciones inmanentes al hacedor de leyes, quien debe irrenunciablemente atenerse a lo que Meyer llamó la *norma de cultura* que es la única que puede ser violentada, desde que se reconoció el concepto de *derecho subjetivo público*, que vino a introducir la noción de personalidad jurídica y por ende la intersubjetividad. Ese legislador, al mismo tiempo y en el acto jurídico-político de su encomienda representativa, trae a su mesa de trabajo la axiología comunitaria, desciende los valores desde la mera retórica filosófica y concibe un axioma demostrable y medible —prelacionable jerárquicamente— definiendo el aserto, no *estableciéndolo* omnímodamente, y además considera la realidad sociológica de su entorno para aspirar siempre a expedir leyes vigentes, pero fundamentalmente válidas y positivas, recargado no en una escueta legalidad, sino en la legitimidad democrática más plena. Esa norma emitida responde a ascendientes valorativos importantes y no se conforma con una mera perfección formalista y de semántica; lleva implícita teleológicamente la idea de justicia. Se convierte en una especie de guía o brújula abstracta



y general para el aplicante y el intérprete de la norma de derecho, quienes a su vez, ante la concreción del acto de justicia, han de volver a abreviar de la actualización, dada su natural dinámica, de valores y hechos sociales, lo que nos impulsa a impregnar inevitablemente a la justicia de ideología y estimación personal.

De ninguna manera olvidamos que hemos dejado anotado *supra* los caracteres esenciales de la justicia hallados en la alteridad, en lo debido como objeto y la igualdad, desde las más clásicas concepciones. Por ello debemos insistir en que la función justiciera, ya en el ámbito de lo jurídico-político, no puede desembarazarse de contenidos profundamente humanos como el derecho que no es un fin en sí mismo, y como creación cultural es el mejor medio para lograr ese acto justo, pero por su condición esencial de ser una entidad general, obligatoria y coercible, ante la concreción del conflicto de intereses se asume a sí mismo como capaz de interpretarse para allegarse todos aquellos insumos propios de las circunstancias humanas como valores, realidades e ideologías que informan al responsable de emitir un juicio, siempre mirado como *juicio de valor*. La igualdad proporcional así lo exige, pues la justicia no es un puro anhelo humano, sino que es una función, una organización, una decisión y una fuerza que se aplica en la cotidianeidad de las comunidades sociales.

Igualdad, orden, armonía y respeto parecen factores asimilados a cuestiones muy diversas a lo científico-jurídico, y sin embargo, con una visión más penetrante, caemos en la cuenta de que finalmente son las vías idóneas para demostrar los axiomas, verificar la validez normativa, evidenciar y evaluar qué tanto el orden jurídico plenario cumple con su cometido único: regular la conducta humana. Si derecho es el conjunto de normas jurídicas —no de otra especie— que regulan los comportamientos individuales y colectivos, y él mismo se crea desde los pulsos comunitarios, culturales, axiológicos y sociológicos, ante dicho orden abstracto de entera materialidad y sustantividad, formalidad y finalidad, con una debida semantización, a su vez se vuelca, se debe, responde a cabalidad a los pulsos sociales. El hombre frente al derecho, en su intocable libertad y sabiéndose igual entre iguales o desigual entre desiguales, asume obligatoriedad que rebasa su sentido personal de tolerancia y obedece o no obedece. La vulneración, ante la última opción, de la *norma de cultura*, para expresar la norma suprema de esa manera específica, trastoca igualdad, orden, armonía y respeto y ha de confrontar la preten-

sión de otro que clama justicia. Ahí precisamente la función pública, de impartir justicia con base en su organización, decide, resuelve y en caso necesario aplica la fuerza coercitiva del Estado. En ese estricto instante, el derecho se interpreta y deja de ser un modelo ideal, un puro deber ser, para asumir una condición ya no utópica, sino franca, llanamente encarnada en los litigantes, que abreva de su propia condición regulatoria pero que de ninguna manera es ajena a la realidad valorativa e ideológica imperante y dominante. Es oportuno, a más de sensato, traer el dicho de Sergio García Ramírez<sup>75</sup> que refiere el rejuego omnipresente entre derecho y política cuando aborda temas sobre la justicia penal:

El derecho es, sin duda, un sistema de expresión y preservación de cierta orientación política, a través de la administración de justicia. En ésta cobra un dramatismo peculiar la esencia política del derecho y con ella se custodian, implícita o explícitamente, los objetivos, los programas y los grandes compromisos de la comunidad y del Estado. De ahí la naturaleza relativa del orden jurídico; de ahí su contacto estrecho y permanente con la historia; de ahí su articulación con el lugar y el tiempo, cuyas modificaciones a veces invalidan, de un golpe, las fórmulas prestigiadas y los hallazgos que pudieran parecer definitivos.

En este tenor no huelga invocar a Paolo Barile<sup>76</sup> cuando reflexiona en torno a la actividad judicial y la política. El profesor de la Universidad de Florencia se pregunta *¿Se trata solamente —cuando aborda la actividad del juez— de una actividad técnica de operador del derecho o también —y hasta en forma prevalente— de una actividad esencial y decididamente política, por efecto, también, de un cierto vacío de poder que dejan los organismos legislativo y ejecutivo?*

Se contesta:

El papel del juez es político, es decir, presupone y exige alternativas políticas antes que todo porque en ciertos ordenamientos coexisten normas no abrogadas nacidas en tiempos distintos y en regímenes opuestos, que hay que coordinar de modo inevitable para que se puedan escoger las que sean

<sup>75</sup> García Ramírez, Sergio, *Justicia penal*, México, Porrúa, 1982.

<sup>76</sup> Barile, Paolo, “Poder Judicial y sociedad civil en las democracias occidentales contemporáneas”, *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, IJ-UNAM, 1977.

prevalentes, o determinar cuál es hoy el sentido, la *ratio* de las instituciones a las cuales se les debe dar todavía aplicación: todo bajo la luz de las normas constitucionales.

De antemano sabemos la noción sobre la llamada *elasticidad* de las normas fundamentales que tiene por función hacer que todo el esfuerzo social esté direccionado al futuro y no anclado en el pasado, esta ha sido la tendencia constitucionalista de los últimos 50 años. De esa noción es que puede argumentarse la actividad política —no partidaria en el sentido de facción— de los juzgadores, ya que cuando emiten sus juicios de valor, están montados en la dinámica socioideológica actuante y dominante al momento y lugar del acto de justicia. El juez no es un instrumento, en realidad en él encarna la competencia institucional de realizar la justicia a nombre de la comunidad plenaria. En ese sentido no lo asumimos como un mero funcionario o empleado del poder público, sino que es un titular, pleno de majestad, de la disponibilidad del derecho a través de la *iuris dictio*. La norma jurídica por supuesto abreva del pueblo y a él se vuelve en su mensaje, regulatorio o protector, pero es indudable que el destinatario último de las normas integrantes del orden jurídico es la figura del juzgador, quien en última instancia decide, resuelve, falla o sentencia conforme a valores. La norma suprema es ese paraguas que jurídicamente cubre al pueblo indicándole sus derechos fundamentales, su garantía y la organización política del Estado. Los desarrollos legislativos secundarios a ello se atienen conforme al principio de jerarquía normativa que impregna y vincula a los tres poderes, por lo que ahí mismo —en las leyes ordinarias— el individuo y la colectividad hallan reflejos legales de sus potestades, prerrogativas y deberes, pero el legislador deja para los jueces mensajes directos para su debida aplicación al caso concreto. El juez toma esa normativa abstracta y al concretizarla resuelve en ciencia y conciencia conforme a hechos y valores entornados por la razonabilidad política.

En un pasado remoto, tal vez a finales del XIX, podía decirse válidamente que imperando una sociedad estática, los órganos de justicia actuaban en términos —como quieren hoy los ingenuos funcionalistas— de garantía de la estabilidad del sistema. Tal circunstancia quedó rebasada con los rápidos movimientos del siglo XX —el abandono de la dogmática jurídica— y así nos lo hicieron saber los autores angloamericanos repasados *supra*, quienes supieron inspirar la jurisprudencia sociológica,

que a su vez dio paso a la jurisprudencia de intereses alemana, crítica acerba de la jurisprudencia conceptualista. En una sociedad tan dinámica como la actual aquello es impensable y los tribunales asumen su parte, una parte importante, en el *control del cambio* sociopolítico, contribuyendo así al desarrollo de una sociedad más justa y no resultan ser meros estabilizadores del sistema. A eso Barile razona:

Estas conclusiones se ven ahora (1977) bastante reforzadas por la presencia, en muchas Constituciones europeas, de cortes constitucionales, creadas para garantizar el respeto de la Constitución por parte del legislativo. Bajo varios aspectos: en primer lugar, la creación y funcionamiento de similares órganos de control constitucional, que tienen estructura jurisdiccional pero naturaleza de órganos político-constitucionales, hace más vivo el sentido de la política en la función de la interpretación de las normas jurídicas en general; por lo cual la presencia extendida de tales órganos “derrama” su politicidad sobre los jueces comunes; en segundo lugar, y sobre todo, porque aquellos órganos de jurisdicción constitucional proporcionan ellos mismos, en el ámbito de su autoridad suprema, la interpretación no solamente de normas constitucionales, sino también de aquellas ordinarias, correlacionadas a las primeras y destinadas precisamente a ser controladas en su legitimidad constitucional a la luz de las primeras.

Estamos ante una visión hartamente diferente a la guardada en muchas conciencias que quisieron ver a la actividad judicial como estricta actividad técnico-formal y nos abrimos, bajo los espectros de lo cultural, originalmente soslayado de lo político, en una jurisdicción que ya no es indiferente al *derecho viviente* y que con el transcurrir de los años ha venido impulsando la crítica de la validez, de ahí a la legitimidad y por ende a las ideologías políticas en confronta y dominio.

Antes de concluir el presente inciso creemos importante traer a colación, ya que hemos dado a nuestras argumentaciones ciertos matices históricos o de avance en el discurso doctrinal de nuestros tiempos, circunstancias de los análisis que ahora nos interesan, vertidos al momento de cumplirse tres cuartos del siglo pasado. Así, en 1975 se celebró en la ciudad de México el *Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional* y de sus conclusiones generales obtenemos posicionamientos por demás relevantes en nuestra actual encomienda editorial. Veamos algunas y su notable contenido:

*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.

*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, y para ello podrían utilizarse los instrumentos de la “razonabilidad” que ha sostenido valientemente en alguna época la Suprema Corte argentina, y en lo que resulte aplicable, el recurso de “desvío de poder”, creado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés para determinar los límites de las facultades discrecionales del ejecutivo.

En la segunda parte, las conclusiones del congreso declararon formalmente:

*Primero:* Que es necesario un mayor acercamiento del juez a la base social, especialmente mediante un intercambio recíproco de información entre la magistratura y la opinión pública que permita la libre crítica de su actividad aun por parte de los que no son técnicos en derecho.

*Segundo:* Que el juez debe interpretar las normas a aplicar a la luz de los principios constitucionales y aprovechando la elasticidad que poseen y siguiendo los cánones histórico evolutivos, para que, sin perjuicio de respetar al máximo la regla de la certeza del derecho, puedan contribuir al desarrollo y progreso moral y civil de la sociedad moderna en su rápida evolución.<sup>77</sup>

Respecto a las tendencias más modernas en esos momentos de la función jurisdiccional y a la luz del añejo principio de la *división de poder*

<sup>77</sup> *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, IJ-UNAM, 1977, pp. 201 y ss,

*res*, declarado prematuramente obsoleto por algunos como Loewenstein, o simplemente inadmisibles por los socialistas, el mexicano Fix-Zamudio reflexionó:

Sin embargo, la situación de estos tres departamentos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), y de las funciones mencionadas ha variado con las modificaciones de las estructuras políticas y constitucionales, por lo que se puede observar fácilmente que el organismo judicial ha sufrido una transformación notable, especialmente en el sistema continental europeo, ya que como se ha dicho, en los países angloamericanos siempre se ha reconocido el papel creador y la importancia política de la función judicial.<sup>78</sup>

Hace un cuarto de siglo esto hubiera parecido aventurado dadas las enormes resistencias al respecto fundamentalmente en nuestros medios iberoamericanos; ya nos recuerda el propio Fix-Zamudio que Kelsen, al concluir la Primera Guerra Mundial, sostenía la necesidad de una jurisdicción constitucional, por supuesto en la parte continental europea, pues resultaba evidente la subordinación de la función judicial a las otras, pues no gozaba de intervención alguna en las decisiones políticas fundamentales. Así inició la proliferación de los tribunales constitucionales en esa parte del mundo en la posguerra —desde 1945— reconociéndose de esa manera la actividad política de los tribunales.

### VIII. UN CONSTITUCIONALISMO PARADIGMÁTICO

Hemos creído pertinente realizar un análisis, aún somero, alrededor de las leyes fundamentales para nosotros paradigmáticas, dado nuestro entorno ideológico y momento histórico, por supuesto plenas de vigencia y validez normativas, positividad absoluta y fuerza sociopolítica en evidencia, por más que la realidad se vuelva contraria a los postulados supremos más relevantes como es el caso venezolano. Invocamos el caso de un país sudamericano porque Venezuela cuenta con uno de los textos fundamentales más actualizados de nuestra subregión geográfica, y junto con los casos español y mexicano procuraremos discernir o adentrarnos en la anatomía normativa, desde la misma atalaya constitucional, del concepto jurídico-político de justicia. Así, por estricto orden alfabético veamos el caso español.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 17.

El nuevo constitucionalismo español, fincado en su Carta de 1978, inicia analizando el concepto de *igualdad* que tanto nos ocupó en líneas anteriores como factor imprescindible de la noción de justicia. Fernández Segado indica:<sup>79</sup>

El valor “igualdad”, junto al valor “justicia”, se nos revela por otra parte como inherente a la propia forma del Estado social que nuestro ordenamiento jurídico reviste, y a la que se ha de acomodar el conjunto de nuestra organización socio-política.

El valor “igualdad” no sólo se traduce en una vertiente formal, contemplada por el artículo 14, que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en otra vertiente de índole material, recogida por el artículo 9.2... y de la que sólo recordaremos ahora que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos en que aquellos se integran sean reales y efectivas.

Esto nos recuerda por supuesto el llamado principio de *vinculatoriedad*, impulsado primigeniamente por la ley fundamental de Bonn desde inicios de la década de los cincuenta y por el cual los poderes públicos, incluido por supuesto el Judicial, se han de atener a los mandatos constitucionales vistos ahora como normas —formales y materiales, por su contenido— de *cultura*, esto es, nacidas de la voluntad general que implica valores y realismo sociológico.

La *igualdad* ya no es un mero concepto unívoco, esto es, de estricto carácter formal, sino que se adopta en España una verdadera igualdad material, multívoca, nunca equívoca respecto de su proyección sobre todos y cada uno de los derechos que la Constitución enuncia en su capítulo segundo. Los tribunales españoles han decidido interpretar la norma del mencionado artículo 14 constitucional en tanto *derecho de igualdad jurídica*, prohibiéndose la discriminación. Ello nos coloca, al decir del autor ya invocado, en presencia de un *derecho subjetivo a obtener un trato igual, evitando los privilegios y las desigualdades arbitrarias*. “No estamos, por consiguiente —insiste Fernández Segado—, ante el derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado de la misma forma que los demás, lo que evidentemente es distinto”.

<sup>79</sup> Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.

Tal nos posiciona ante la disyuntiva conceptual entre la noción genérica de igualdad y la particular, cuando a la función jurisdiccional nos referimos. Ante ello, el Tribunal Constitucional ibérico se ha pronunciado y nos lo hace ver el precitado tratadista:

En todo caso, y para delimitar negativamente este derecho, conviene significar que el principio de igualdad jurídica no constituye un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de supuestos iguales, pues como ha dicho el juez de la Constitución (STC 62/1987), ello sería contrario a la propia dinámica jurídica, una de cuyas manifestaciones es la razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad.

Llegamos a una conclusión central que ya habíamos visto en los abordajes doctrinarios, consistente en que el concepto de igualdad, factor fundamental del concepto justicia, no impide cualquier diferencia y sólo se refiere a aquélla que esté basada en lo objetivo y razonable. De esa *igualdad de trato*, como derecho subjetivo, es que derivamos la razonabilidad de las diferencias. Así los poderes públicos, con la función jurisdiccional integrada, implican en su actuar el ajuste a determinados requisitos cuando conduzcan a establecer una diferencia entre individuos. Esos requisitos reconocen como fuente natural a la doctrina constitucional, la ciencia jurídica y en ello axiología y sociología políticas.

Resulta entonces básico que en el estudio de los conceptos españoles se entienda o quede claro que los supuestos de su artículo 14 reconocen como presupuesto esencial para un enjuiciamiento, *que los supuestos de hecho, las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente comparables* (STC 76/1986). Si pretendemos hablar de desigualdad, digamos con Fernández Segado:

Para que pueda hablarse de trato desigual, se presenta la exigencia dada por la necesidad de que quien alega la vulneración del principio de igualdad jurídica, solicitando el juicio de igualdad, aporte lo que se conoce como un “*tertium comparationis*”, esto es, un término de comparación que sirva de base para razonar acerca de la posible vulneración del principio de igualdad (STC 14/1985).

Así llegamos francos a la cuestión de que el principio de igualdad de trato exige consecuentemente que la *diferenciación persiga una determi-*



*nada finalidad*, pues si el *factor diferencial* no tuviese dicha teleología implícita, pudiera tacharse de arbitrario o gratuito. Entonces la mencionada *finalidad* debe ser legítima, esto es, debe asentarse en justificaciones objetivas, además de razonables, conforme a juicios de valor aceptados.

A la *razonabilidad*, de cuyo peso específico ya hemos hecho mérito *supra*, se le suma en el juicio de valor, como quedó establecido, la *racionalidad* del argumento lógico normativo. Con razón Fernández Segado distingue para lograr claridad en el discurso: “la razonabilidad atiende a un dato externo: la admisibilidad constitucional del fin; la racionalidad atiende a algo estructuralmente interno: la relación positiva entre medios y fines”. Así queda abierta la presencia de lo estrictamente jurídico, que responde a ese ensimismamiento normativo, y de lo político —valores sociales— que mira al exterior circundante siempre atendido a la ley suprema.

Por tanto, la mencionada finalidad siempre legítima se entiende respetuosa o infraestructurada a la *razonable relación de proporcionalidad*, que ya hemos atendido *supra*, y esa proporcionalidad no es, no debe ser, ajena a los medios utilizados y a las metas perseguidas. El autor invocado reflexiona: “Un trato desigual fundado en un supuesto hecho real, cuya finalidad sea constitucionalmente admisible y que se ajuste al juicio de racionalidad, vulnerará, sin embargo, el artículo 14 de la Constitución si la consecuencia jurídica que se dedujera fuese desproporcionada”.

Por otro extremo, el constitucionalismo ibérico exige distinguir los ámbitos de aplicación del referido *principio de igualdad*. Habrá una *igualdad en la ley* y por supuesto una *igualdad en la aplicación de la ley*. El primer ámbito está referido al legislador formal y material, o solamente material, y ahí se impide que la norma jurídica pueda dar trato diferente a las personas. El segundo está referido al momento de la aplicación efectiva de la ley y exige que esto se haga de modo igual a todos aquellos que se encuentren en idéntica situación; con esto se niega al aplicador de la norma jurídica toda posibilidad de establecer diferencia alguna en razón de las personas o de las circunstancias, más allá de las implicadas en la propia norma. El *aplicador* puede ser de orden solamente administrativo o bien de carácter judicial. Las autoridades de las administraciones públicas *no están vinculadas* por el precedente, pero sí están sujetas al control jurisdiccional, que como bien afirma Fernández Segado corrige desviaciones que en la aplicación igual de la ley se produzcan. Para el caso del *aplicador jurisdiccional* digamos con dicho autor:

Los órganos del Poder Judicial se encuentran en situación bien diversa, pues tanto en la determinación de los hechos como en la interpretación de las normas, son independientes, no hallándose sometidos al control de otro poder del Estado, aunque sus decisiones puedan ser revisadas, tanto en los hechos como en la interpretación del derecho, por otros tribunales a través de los recursos previstos en las leyes procesales.

Es claro que en esta segunda opción nadie aspira a una resolución igual siempre, sino lo esperado es más bien, ante la justicia, una *razonable confianza*, como la ha llamado el Supremo Tribunal Constitucional, de que la pretensión esgrimida será merecedora desde el punto de vista del juzgador de un trato igual a casos iguales.

En esos términos, esta regla de la igualdad jurídica, en cuestiones jurisdiccionales, impide las interpretaciones voluntaristas o arbitrarias de la norma, es cierto, pero esto no obstaculiza el principio de independencia judicial. Tal nos lleva a un par de consecuencias inmediatas, al decir de Fernández Segado:

1a. El artículo 14 no permite la comparación entre sentencias procedentes de órganos jurisdiccionales diferentes. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad, y a cuyo través se busca la uniformidad, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango;

2a. Nada impide a los órganos judiciales proceder a ratificar su propia y precedente interpretación de la norma. Sobre los órganos del Poder Judicial no pesa la exigencia de resolver siempre en los mismos términos sobre supuestos que se pretendan iguales, pues cada caso, para el mismo juzgador, puede merecer una consideración diversa, ya por las peculiaridades que a su juicio muestre, ya porque el entendimiento judicial de la norma aplicable varíe a lo largo del tiempo, ya, incluso, porque parezca necesario corregir errores anteriores en su aplicación. Es precisamente por todo ello por lo que el Tribunal ha considerado que lo único que en estos supuestos de aplicación de la ley protege el principio de igualdad es la previsibilidad en la resolución judicial, esto es, la razonable confianza de que la propia pretensión merecerá del juzgador la misma respuesta obtenida por otros en casos iguales.

Ese tiempo de maduración en los cambios de criterios judiciales, ese hallazgo del error previo, esa oportuna percepción de nuevas peculiaridades en el supuesto, puede presentarse súbitamente o paulatinamente en el

discurso sociopolítico de las comunidades humanas. No debemos perder de vista que las variaciones en esa consideración o estimativa jurídica por parte del impartidor de justicia responderán indefectiblemente, más tarde o más temprano, a los vaivenes, ires y venires, juegos y rejugos de las ideologías políticas. Las democracias actuales tan dinámicas y propensas a la llamada alternancia política y no digamos los cambios abruptos por revoluciones o evoluciones aceleradas de hoy día, pueden implicar, y de hecho implican, influencias en el pensamiento y justipreciación de los supuestos fácticos y contrafácticos que se presentan y alimentan la mente y voluntad del juez. A esto agreguemos el decir del Supremo Tribunal Constitucional español, comentado por Fernández Segado, en lo referente a la llamada *motivación del cambio de criterio*:

A este respecto, el Tribunal ha considerado (STC 63/1984, 64/1984) que la estricta aplicación de la Constitución exige que el cambio de criterio aparezca suficientemente motivado mediante la expresa referencia al criterio anterior y la aportación de las razones que justifican el apartamiento de los precedentes, pues ello constituye una garantía tanto de la evitación de la arbitrariedad como de la promoción de la seguridad jurídica.

Sin embargo, el propio tribunal ha admitido las *motivaciones implícitas* que no exigen una motivación expresa en el cambio de criterio judicial. Hay casos en los que por datos externos a la resolución puede inferirse con bases de certidumbre jurídica que existe un cambio objetivamente perceptible y que ante él es posible resolver de diversa manera, reflexivamente y sin arbitrariedades o voluntarismos.

Pero naturalmente dicha disposición tribunalicia exige cualidades en el propio impartidor de justicia. Al fundarse un auténtico Estado democrático y social de derecho es preciso buscar y sustentar la legitimidad democrática de la administración de justicia, su plena autonomía y desde luego sus sólidas potestades jurisdiccionales y su unidad institucional. El constitucionalismo español que revisamos ahora no olvidó estas cuestiones mayores y llevó hasta la *Lex Superior* un título de su organización sistémica no en balde denominado *Poder Judicial*, pues es al único de los ramales o funciones de los poderes públicos al que se le tilda precisamente de *Poder*. Ya los autores hispanos advierten que esa denominación no es puramente formal, pues como Ruiz Vadillo lo expresa, ésta viene a corroborar que en los debates del constituyente se puso especial

énfasis en ello, todo con el objeto preciso de subrayar precisamente su ineludible independencia en el ejercicio de sus potestades. Al Poder Judicial se le invistió de principios básicos que lo informan desde la carta magna, y a los que ya hicimos referencia líneas antes.

Desde la Revolución Francesa se impregnó en el mundo la idea de que la *soberanía reside originalmente en el pueblo*, y en su manifestación interna la justicia juega un papel por demás significativo hasta el grado de representar su pilar más evidente y central. La carta española del 78 reza en su artículo 117.1: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

Como ya dijimos, este *principio de legitimidad democrática* es el pilar fuerte que sostiene el andamiaje de esta función pública fundante del Estado moderno. Le brinda a la concepción no un mero sentido de valor material superior del ordenamiento político, sino que yendo más allá declara que el poder para hacer justicia, como nos informa Serrano Alberca, emana del pueblo y eso tiene que ver con su mandato expreso desde la comunidad política y con la necesidad de evitar voluntarismos, extremos ambos de una cuerda que al tensarse genera el equilibrio deseado.

Al prevenir sanamente que el pueblo es el titular del poder para hacer justicia, se logra su legitimación. Ningún poder, ni aun el Judicial, queda fuera del insoslayable requisito democrático de que todos los poderes queden vinculados a la voluntad popular. De ello deriva una cuestión radicalmente importante consistente en la imprescindible participación de los órganos legislativos, poseedores de una muy viva representatividad popular, para la elección e integración del Poder Judicial.

Es hartamente sabido que el Poder Judicial no se integra por un solo órgano, sino por una pluralidad de ellos reconocidos en los jueces y tribunales, cada uno de ellos ejerce por sí mismo la potestad jurisdiccional y entonces debemos interrogarnos en torno a su respectiva legitimidad. Además, los jueces no cuentan con ese *vestido* que adorna a los legisladores del carácter representativo y ello agrava nuestra inquietud.

Cappelletti no encuentra en los criterios tradicionales que se usan para legitimar a los órganos políticos, los fundamentos para la legitimación judicial que en sus actos y resoluciones evidencian ausencia de responsabilidad y colman su ejercicio con su propia jerarquía de valores y predi-

lecciones, por lo que prefiere hablar de *legitimidad funcional*, pues a lo que debemos estar atentos es al desempeño de su función en el *ius dicere*.

Esa función ha de colmarse a través del respeto y observancia del orden jurídico plenario, esto es, su sumisión a la ley y para ello se exige como presupuesto su conocimiento cabal por parte de los impartidores de justicia. Eso nos lleva a no olvidar los métodos y sistemas que se ponen en juego al interpretar la norma jurídica, al aplicarla al caso concreto y a la edificación de la estimativa jurídica tal como hemos revisado en la doctrina imperante más conspicua.

Esos jueces mantienen la potestad exclusiva de orden jurisdiccional; la tienen y mantienen en tanto función del Estado y en tanto órganos especializados con exclusividad. Los jueces en su independencia determinan el derecho en un caso concreto y ello implica una relación jurídica específica, pero esto se comparte desde otra óptica con la administración pública y debe hallarse otra nota distintiva. Esa nota es el carácter de irrevocabilidad de las decisiones judiciales, que no confundimos con la cuestión impugnatoria de orden procesal. El efecto de la llamada *cosa juzgada* no se reproduce en ninguna resolución de tipo administrativo y le otorga a la función jurisdiccional su nota característica.

La fuerza del pronunciamiento judicial es representante dignísimo de la soberanía popular, su naturaleza inalterable obliga a todos y puede llevar de manera muy evidente al acto de coerción imperativa del derecho, al caso concreto sin posibilidades de volver a decidir. A pesar de la integración múltiple del Poder Judicial, éste se rige por el principio de *unidad jurisdiccional*, que es, al decir del texto constitucional ibérico, *la base de la organización y funcionamiento de los tribunales*. A ello, Fernández Segado encuentra una triple visión:

a) Desde una perspectiva abstracta, la unidad jurisdiccional suele hacerse derivar de la propia unidad e indivisibilidad de la soberanía. En cuanto función que dimana de la soberanía del Estado, la jurisdicción es única;

b) Un segundo significado de la unidad jurisdiccional viene referido a la unidad territorial. En el Estado autonómico diseñado por nuestros constituyentes, esta vertiente del principio adquiere notable relevancia, y se traduce en la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre la administración de justicia, como también sobre la legislación procesal; y

c) El último de los sentidos del principio de unidad jurisdiccional, posiblemente el de mayor proyección y relevancia, encuentra su última *ratio* en la conexión del inciso primero del artículo 117.5 con el artículo 117.3.

La unidad jurisdiccional entraña la existencia de una organización judicial (que se refleja en los juzgados y tribunales) que monopoliza la potestad jurisdiccional de acuerdo con el principio de exclusividad (“juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”) y de conformidad con unas normas de competencia y procedimentales previamente establecidas por las leyes con carácter general. En definitiva, se trata de que no exista ni una sola manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la jurisdicción ordinaria. De esta forma, el principio de unidad se conecta estrechamente con el de independencia. Como afirma Gimeno Sendra, en el Estado de derecho la función de juzgar debe estar encomendada a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación en su constitución e independencia esté expresamente desterrada.

De ello surge la noción del llamado *juez natural* que consiste en el juzgador ordinario predeterminado por la ley, en tanto garantía individual formidable que evita los tribunales especiales. Los tribunales de excepción quedan abolidos para cimentar la idea de una jurisdicción independiente y ordinaria. Otro principio fundante de la actividad jurisdiccional es el relativo al de la *exclusividad*, reflejado desde la óptica positiva en la llamada *reserva de la jurisdicción* o monopolio de la misma, y desde una visión negativa significa *exclusividad de la función en sentido propio*, esto es, la prerrogativa del Estado a juzgar, desapareciendo la noción de la llamada autodefensa como medio de solución de conflictos, lo que en rigor es una garantía para el justiciable por la tutela estatal implicada.

En el ejercicio de la función jurisdiccional, la actividad encarna en la plenitud humana de un juzgador pues de alguna manera, por imperfecta que resulte la justicia de los hombres, se han buscado jueces autómatas que funjan a partir de cartabones y criterios aritméticos, y en rigor lo que compone nuestro anhelo es ubicar jueces talentosos, capaces, de honestidad probada y plenamente independientes para fincar sus criterios de justicia. Ante ello, el constitucionalismo ibérico asumió diversos principios para regular el estatuto jurídico de los jueces y decidió establecer reglas para el *ingreso en la carrera judicial*, para la permanencia o *inamovilidad*, y para las *incompatibilidades de los jueces*, todo imbricado en la búsqueda de esa total independencia judicial y en el sentido de responsabilidad de los jueces sobre sus actos, ya de orden penal, disciplinario o civil. A su vez, el régimen constitucional no soslayó fijar los principios constitucionales de orden procesal: el principio de *publicidad*, lo

que más allá de cualquier otra consideración revela la *inequívoca dimensión política* que hallamos en ese deseo perenne de mantener la confianza de la comunidad en sus órganos jurisdiccionales; el principio de *oralidad* que implica la *inmediación*, garante de una apreciación directa y concentrada de lo justiciable; el principio de *motivación de las sentencias*, que de inicio evita la arbitrariedad judicial, autoriza válidamente la impugnación y consiste en definitiva, según Fernández Segado, en que *el órgano judicial explicita el razonamiento que le ha llevado a aplicar una determinada norma, interpretándola en un sentido preciso*; y el principio de *gratuidad de la justicia*, para evitar de manera clara que la insuficiencia de recursos se convierta en obstáculo real para acceder a la acción de la justicia, lo que redundaría directamente en un auténtico caso de indefensión.

No podemos dejar la revisión del constitucionalismo español sin traer a colación algunos pormenores en torno a su Tribunal Constitucional, su naturaleza y caracteres, que se rige por el principio de la Europa continental de *jurisdicción concentrada* y no difusa al modo americano. Canga Rodríguez-Valcárces<sup>80</sup> nos proporciona un esquema de mucha utilidad en dicha comprensión:

Podemos señalar las siguientes notas caracterizantes del Tribunal Constitucional:

1. Es un órgano especializado en las misiones que la Constitución y su ley orgánica le asignan;
2. Es independiente de cualquier otro poder del Estado, no estando integrado en el Poder Judicial;
3. Sin perjuicio de lo anterior, realiza funciones que pueden considerarse como jurisdiccionales y políticas a un mismo tiempo;
4. Está exclusivamente sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica reguladora;
5. Es el intérprete supremo de la Constitución, aunque no exclusivo;
6. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional; y
7. Tiene una composición constitucionalmente determinada.

El propio autor, ya en los campos de la definición del Poder Judicial español, advierte:

<sup>80</sup> Canga Rodríguez-Valcárces, Luis, *Derecho constitucional español*, Madrid, Centro de Estudios Procesales, 1993.

El Poder Judicial se define como aquel poder del Estado cuya misión fundamental es la de declarar el derecho en los casos concretos que ante el mismo se plantean. Su función es juzgar (declarar el derecho) y ejecutar lo juzgado (llevar a la realidad mediante actos materiales el derecho declarado en las sentencias o resoluciones judiciales). Es decir, ejercer la denominada función jurisdiccional, que consiste en aplicar las normas jurídicas a casos concretos, satisfaciendo las pretensiones de los ciudadanos cuando sean adecuadas a tales normas y resolviendo los conflictos que pueden plantearse en el seno de la sociedad.

Ya con estos detalles más o menos someros respecto de la concepción constitucionalista española en torno a la justicia, continuemos con el caso mexicano que a pesar de su antigüedad, data de la carta de Querétaro de 1917, se ha venido actualizando y posicionando en torno a las nuevas corrientes y tendencias mundiales. Trataremos de darle continuidad al esquema asumido en la revisión anterior a fin de no perder la sistematización y argumentación ya vertida, en mucho aplicable y sustentable en regímenes de otras latitudes, pues finalmente estamos ante nociones universales que resultan de clara homogeneidad.

Podemos clasificar la Constitución mexicana conforme con lo dicho por Carpizo y Madrazo,<sup>81</sup> quienes a su vez se basan en Wheare, que afirman que es suprema sobre el órgano legislativo porque para su reforma se sigue un procedimiento más complicado que aquél que se necesita para alterar una norma ordinaria; es federal, presidencial y republicana. Los autores mexicanos advierten que:

En la terminología de Loewenstein, tenemos una Constitución nominal, ya que no existe concordancia absoluta entre la realidad del proceso político y las normas constitucionales a causa de una serie de factores sociales, económicos y políticos; pero hay la esperanza de que, tarde o temprano, podamos alcanzar dicha concordancia y lograr una Constitución normativa.

En torno a nuestras actuales disquisiciones afirmemos, conforme a la doctrina mexicana dominante, o mejor, conforme a lo observado en otras visiones constitucionales, que no se reconoce a cabalidad la tesis de la división de poderes al modo clásico, pues en México se habla de un solo

<sup>81</sup> Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, “El sistema constitucional mexicano”, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992.



poder: el Supremo Poder de la Federación, que a su vez se divide para su ejercicio en las ramas ejecutiva, legislativa y judicial; lo que está dividido es el ejercicio del poder. La carta mexicana establece la colaboración entre dichas ramas del poder, circunstancia que se manifiesta muy evidentemente, por ejemplo, en el proceso legislativo.

No es posible olvidar que México es una república federal, lo que implica la tesis de la cosoberanía al modo expuesto por Tocqueville, que significa que tanto la federación como los estados miembros son soberanos. Ello, al decir de los autores ya invocados, no entra en contradicción con lo expresado por el artículo 39 de la Constitución que refiere: *la soberanía nacional reside en el pueblo*. Tal es en razón del texto del artículo 41 de la propia carta queretana:

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Desde el punto de vista de la administración de justicia, ésta se reconoce, en el seno del federalismo mexicano, no como facultad exclusiva de la federación, ni de las entidades federativas, sino que es en rigor una facultad *dual* que se ejerce autónomamente y por cada nivel de gobierno: federación y 32 entidades.

Conforme a Carpizo y Madrazo, el Estado federal mexicano sustenta los siguientes principios:

- a) Las entidades federativas son instancia decisoria suprema dentro de su competencia (artículo 40);
- b) Entre la federación y las entidades federativas existe coincidencia de decisiones fundamentales (artículos 40 y 115);
- c) Las entidades federativas se dan libremente su propia Constitución en la que organizan su estructura de gobierno, pero sin contravenir el pacto federal inscrito en la Constitución general, que es la unidad del estado federal (artículo 41); y
- d) Existe una clara y diáfana división de competencia entre la federación y las entidades federativas: todo aquello que no esté *expresamente* atribuido a la federación es competencia de las entidades federativas (artículo 124).

Los derechos fundamentales que son garantizados por la Constitución pueden clasificarse libremente en: derechos de igualdad, libertad y seguridad jurídica. No se sigue un modelo expreso en su postulación al modo español, sino que deben implicarse de las redacciones o semantizaciones constitucionales de las diversas garantías jurídicas (cerca de 80). En materia de igualdad, debemos inferir este derecho de diversas connotaciones de la norma suprema, por supuesto, estimando los textos muy claros de los dos primeros artículos, pero en lo demás de expresiones utilizadas en la garantía constitucional de distintos derechos fundamentales como el *todos...*, o el *nadie...*, que nos llevan a establecer la igualdad ante la ley y por supuesto en su aplicación, según ya vimos *supra*.<sup>82</sup>

La ausencia de ese modelo expreso en el constitucionalismo mexicano alrededor del principio de igualdad nos presenta, según advertimos, un esquema muy pobre para poder trascender a elucubraciones en su concepto y naturaleza al modo que sí lo hacen los ibéricos, según pudimos ver. La Constitución española dice en su artículo 14: *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna...* A su vez, en su parte conducente, el artículo 9.2 de la propia carta de 1978 dice: *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran... remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...*

Recordemos los textos mexicanos más relevantes en este tema:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...

....

Queda prohibida toda discriminación motivada por... que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Con este prolegómeno de tan lacónico decir resulta muy complejo construir en la teoría constitucional mexicana las nociones revisadas en la española en torno a la necesidad de brindarle al principio de igualdad un carácter no meramente formal, tendiente sólo a una mera abstención,

<sup>82</sup> En torno a la crítica de la semantización mexicana en relación a la igualdad, véanse nuestros argumentos en: *Ciencia jurídico penal* y en el *Tratado sobre la Ley Penal mexicana, cit.*, nota 6.

sino a brindarle una materialidad positiva realista y de orden vinculante a los poderes públicos para impulsar las igualaciones en el seno de la vida comunitaria.

Es cierto que en México *todos los individuos gozan de las garantías individuales* que la propia Constitución otorga, pero también lo es que la garantía es el aspecto instrumental jurídico de previos derechos fundamentales reconocidos y preexistentes, entre los que se halla por supuesto el de igualdad. Éste, visto como derecho inalienable a su vez debidamente garantizado, incluyendo el impulso estatal por hacerlo factible o al menos no obstaculizarlo, no cuenta con una expresa mención bien semantizada en sus aspectos formales y materiales, por lo que no es posible erigirle una teoría mexicana sólida y viable.

En 1974 se reformó el artículo 4o. constitucional para establecer entre otras cosas que *el varón y la mujer son iguales ante la ley*. Esta expresión tan desafortunada lo único que ha logrado es una discriminación positiva al reconocer que por ser diferentes el varón y la mujer, la Constitución se ve obligada a establecer directamente su *igualdad ante la ley*. El derecho a la igualdad jurídica no espera una objetivización tan simplona, sino que lo que debió lograrse es el establecimiento de un verdadero derecho subjetivo a recibir un trato igual, que evite privilegios y desigualdades arbitrarias. Lo importante no era lograr por decreto un derecho a ser igual, que desde su óptica se trastoca, sino un derecho a que *todos* sean tratados de la misma forma. Las cuestiones de mera *razonabilidad* en la interpretación y aplicación de la ley impiden esa aspiración absurda de una igualdad absoluta que obligara en todos los casos a un tratamiento igual de supuestos iguales, pues en realidad la dinámica evolutiva del derecho impone variaciones y pronunciamientos *ex profeso*.

A guisa de ejemplo recordemos que los supuestos de la igualdad exigen como presupuesto ineludible que lo fáctico y lo subjetivo a compararse sean efectivamente comparables. En el centro de todo debate sobre igualdad encontraremos el concepto insalvable de *razonable relación de proporcionalidad* y tal no lo resuelve el texto constitucional mexicano. En el caso que se analiza podemos hallar el principio de *igualdad en la ley* que vincula al legislador a la expedición de normas jurídicas que impidan dar trato diferente a las personas, pero nos resulta complicado encuadrar la *igualdad en la aplicación de la ley*, pues para el caso de la jurisdicción no se cuenta con instrumentos vinculantes a un juez inde-

pendiente, más allá de los puros recursos procesales. En el caso mexicano nos topamos con el dato de la *razonable confianza* que debíamos hallar en el juzgador, a fin de que sus resoluciones atiendan las diversas pretensiones bajo el imperativo de un trato igual, circunstancia que desde un punto de vista meramente humano e ideológico pudiera llegar a ser una razón más o menos firme. Pero nuestro autocontrol judicial, cimentado en la jurisprudencia, no resulta de la uniformidad deseada ni con la fuerza vinculante necesaria, sobretodo si atendemos casos del orden penal o si vemos los efectos de la llamada *fórmula Otero* que priva en el medio mexicano.

En torno al principio de igualdad y al tenor de nuestra crítica ya enderezada desde los textos del artículo 1o. constitucional, sólo de manera muy forzada Fix-Fierro<sup>83</sup> trata de explicar los alcances del dispositivo:

Por otro lado, también podemos considerar que se requiere algún grado de *igualdad material o real* para que sea efectivo el goce y ejercicio de las garantías individuales. A lograr esta igualdad real se encaminan los *derechos sociales*, que buscan asegurar a la persona un mínimo de bienestar económico y social.

Recordemos que el constitucionalismo mexicano no se atiene a la fórmula universalmente difundida de la división de poderes y tan sólo reconoce la división de un poder único en su ejercicio: el Supremo Poder de la Federación. Esto lo vuelve a reiterar el artículo 49 en la parte orgánica de la carta que dice explícitamente:

El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes (sic) en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme...

Por tanto, no hallamos aquí esa diferencia española de la nomenclatura exclusiva al Poder Judicial, como *Poder* que tiene, según vimos, tintes formales, pero fundamentalmente materiales, que logran señalar con verdadero acento su característica independiente. Sin embargo, el artículo

<sup>83</sup> Fix-Fierro, Héctor, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, comentario al texto del artículo 1o., México, Cámara de Diputados, 1994.

17 mexicano en la parte dogmática que relaciona las garantías individuales, mirando a los titulares de las mismas y la exigencia del Estado de no vulnerar ese valladar y de impulsar los instrumentos necesarios para un debido y pleno goce de los derechos fundamentales, ha establecido, aunque tardíamente (1987), la independencia judicial: *las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones*.

Respecto al principio de *legitimidad democrática*, en México no se cuenta con una declaración expresa que resuelva a la justicia como emanada del pueblo en su ejercicio por los jueces. Entonces debe estarse a lo dispuesto en la fórmula general sobre soberanía, la que reside original y esencialmente en el pueblo, y por ello, siendo la función judicial uno de los tres ejercicios separados del Supremo Poder de la Federación, la misma se entiende emanada del pueblo, fundándose en esa ficción ante la carencia o precariedad, en este caso, del principio de representatividad, consistente en la *legitimidad funcional*, referida por Cappelletti y trayendo los textos vigentes del artículo 94 constitucional.

En la legislación superior mexicana no se cuenta con el imperativo dedicado a la *motivación del cambio de criterio* en las resoluciones judiciales. En cambio hallamos otros sobre las características y naturalezas del Poder Judicial mexicano, abordados en el caso anterior, en la parte dogmática y otros en la orgánica, lo que perturba la sistemática constitucional, pero se logra finalmente su cometido en materia de acceso a la justicia, gratuidad, potestad judicial, inamovilidad, independencia, obligatoriedad de la jurisprudencia, exclusividad, integración, formación y designación de los tribunales y juzgados, unidad y cosa juzgada.<sup>84</sup>

<sup>84</sup> En México, durante el periodo posrevolucionario, la Suprema Corte de Justicia mantuvo, a pesar de los detractores y de quienes quieren mirar a un país de gobierno autoritario, dado que presidentes de la República pertenecientes a un solo partido político ocuparon el cargo durante cerca de 70 años, un buen grado de dignidad e independencia, integrada por hombres honorables y talentosos. El país fue gobernado desde 1929 por cuatro presidentes surgidos del Partido Nacional Revolucionario, mismo que al momento de su creación no fue concebido bajo las premisas de una democracia partidista al estilo norteamericano, por ejemplo, sino que dadas las circunstancias imperantes en la época, fundamentalmente en Europa, las tendencias mexicanas se inclinaron a agrupar a las viejas fuerzas y facciones revolucionarias bajo un partido oficial, único y fuerte que lograra aglutinar los esfuerzos de todos y conducir a la nación empobrecida a un fin digno y de bienestar. A pesar del origen partidista único, las diferencias en formación e ideología entre Portes Gil, Ortiz Rubio, Rodríguez y Lázaro Cárdenas son muy señaladas y con-

Si damos una vista rápida a conceptos que ahora nos interesan en otros constitucionalismos latinoamericanos como el argentino, podríamos constatar algunas diferencias y ciertas cercanías conceptuales a partir de lo hasta ahora visto en España y México. La Constitución decimonónica argentina de corte liberal clásico fue actualizada a partir de 1957

trastantes. Bajo ningún concepto puede decirse que el país estuviera dominado por una misma línea de pensamiento político, y la Corte de esas épocas fue eficaz y respetable. Al acercarse la Segunda Guerra Mundial, los vientos cambiaron y el viejo partido de la Revolución se reformó bajo nuevos auspicios que ya no reconocían la condición de partido único oficial, tan devaluada ante la presencia del nacionalsocialismo alemán y los fascismos en Italia y España. Así surge el nuevo Partido de la Revolución Mexicana, que mira la creación de un partido rival representante de las clases altas y medias, con tendencias hacia una derecha de democracia cristiana, y se prepara para enfrentar la competencia política. Sólo un presidente, Ávila Camacho, surge de las filas de aquel partido, pues al final de la guerra se crea en su lugar el Partido Revolucionario Institucional, que, siendo tan sólo mayoritario ante la proliferación de otros partidos e ideologías, lleva al poder a nueve presidentes poseedores de ideologías y tendencias políticas variopintas, ciertamente bajo la línea de pensamiento general de la Constitución de 1917. Quienes fungen como integrantes de la Corte durante los gobiernos de Alemán, Ruiz Cortines, López Mateos, Díaz Ordaz, Echeverría, López Portillo, de la Madrid, Salinas y Zedillo, son todos, o al menos la inmensa mayoría, hombres y mujeres probos y sabios, que enaltecieron el desarrollo de la administración de justicia en México. El defecto, si existe alguno, en esa función no estuvo en la calidad y categoría de los juzgadores; cada uno supo tener su propia ideología política y moral, pero actuó como jurista atento al dictado de la norma.

En esas épocas y hasta las reformas zedillistas de 1995 —auténtico golpe de Estado a una manifestación del ejercicio del Supremo Poder de la Federación—, los integrantes de la Corte eran designados por el presidente de la República, con la aprobación oportuna del Senado. No existen evidencias para estimar que alguna de esas designaciones tuviera en cuenta la formación ideológica y no la jurídica del ministro en turno. Desde esa fecha, la Corte se redujo en su integración de 21 ministros numerarios a sólo 11 y éstos serían designados por el Senado de la República, a partir de una terna propuesta por el Ejecutivo. Esta fórmula de designación aún no es utilizada (inicios del 2003) y tendremos que esperar su eficacia. Sin embargo, podemos ver un adelanto de lo que puede suceder al analizar la última designación de uno de los miembros del Consejo de la Judicatura correspondiente al Senado, quien visiblemente responde a una filiación partidaria explícita, lo que nunca antes había sucedido en las designaciones de altos funcionarios integrantes del Poder Judicial o afectos a éste. Lo que sí es posible aventurar es que los miembros de la Corte, desde 1929 a la fecha, se formaron durante los años y bajo los lineamientos políticos de la Constitución y de la Revolución Mexicana y tendremos, ante la alternancia en el poder desde 2000, que esperar a nuevas designaciones para observar, tal vez, cambios en las formaciones ideológicas de los nuevos ministros, más cercanas a la democracia cristiana, o a otra tendencia, distinta a la democracia o liberalismo social hasta ahora dominante.

y se le adicionaron rasgos de constitucionalismo social con respeto al principio de igualdad. Digamos con Bidart Campos:<sup>85</sup>

Cuando una interpretación actualizada de la Constitución le insufla el espíritu del constitucionalismo social al viejo texto centenario, no hay óbice en admitir que esa igualdad real también dispone de raíz constitucional. Es nada más que la inoculación contemporánea —y necesaria— del diseño del Estado social y democrático de derecho en el viejo diseño del Estado liberal clásico que, para seguir siendo liberal exige dar recepción a la solidaridad, sin duda un valor jurídico que no ha de considerarse ausente del plexo axiológico de la Constitución.

Aunque el avance fue importante adolece de los males ya comentados respecto del caso mexicano en referencia al español, al montarse en la mencionada *igualdad en la ley*, pero dejando de lado el principio básico de igualdad de trato y de igualdad en la aplicación de la ley, pues no basta con impregnar de derechos subjetivos de clase al texto constitucional, circunstancia en la que México fue pionero en el mundo, sino que debe establecerse la directriz eficaz e instrumental para lograrlo. Sin embargo, el propio autor nos presenta una visión actualizada de la justicia:

Nuestra Corte Suprema viene desplegando un activismo judicial que, más allá de que se comparta cada una de las decisiones que emite en adopción de esa postura, revela una actitud de verdadero tribunal constitucional —y político en el genuino sentido del término—, que no se aprisiona innecesaria ni indebidamente en la ley ni en las formas cuando ello puede conducirle a adoptar decisiones desvaliosas que riñen con el correcto servicio de justicia. Y en ese mismo activismo presta acompañamiento a los justiciables en la búsqueda común de soluciones valiosas, demostrando que tal activismo se moviliza al hilo de lo que personalmente apodamos realismo jurídico.

Ante tal aseveración nos mostramos contentos, pues ya sabíamos desde líneas anteriores de la valentía de los tribunales argentinos y ahora dejamos sentada su enorme capacidad de actualización, que responde

<sup>85</sup> Bidart Campos, Germán J., “El sistema constitucional argentino”, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*.

precisamente a todo lo que hemos venido diciendo de una o de otra manera.

Ya en esos rieles de reflexión sigamos abrevando del decir de Bidart Campos, cuando se refiere a lo que denomina el derecho *constitucional material*, en sus análisis en torno a la vigencia del propio régimen constitucional:

Comprendemos que en este esbozo panorámico, el eje de análisis gira en torno de la Constitución formal. Sin embargo, nos sentiríamos en falta si omitiéramos una advertencia. El derecho constitucional material en su vigencia sociológica —ése a que aluden títulos de obras conocidas que versan sobre “derecho constitucional e instituciones políticas”, o viceversa— es una realidad que, si contiene normas, no consiste en ser norma, solamente norma, y nada más que norma, porque es vida jurídica, conjunto de conductas, mundo jurídico como expresión de vida humana compartida en convivencia.

Y esto viene a colocar nuestras reflexiones en su rumbo preciso. Ya hemos repetido, tal vez hasta la saciedad, que en la facticidad del derecho, en este caso el constitucional, reconocemos una materialidad que rebasa su pura formalidad pues existen contenidos que no aparecen en los textos mismos y provienen de fuentes externas que informan el proceso interpretativo. El jurista ha de estar presto siempre a atender la amplia realidad jurídico-política que lo entorna para llegar a una decisión lo más justa posible. Esa realidad política plena de valores dinámicos y hechos cambiantes es muy rica y sobrepasa comúnmente la letra escrita y escueta de la ley, así ésta no esté anclada en el pasado y sea, mejor, un motor que impulsa. Entonces Bidart advierte:

Puede acontecer que haya sectores del derecho constitucional material que acusen tergiversaciones de la Constitución formal. Institución por institución, habría que ir pasando revista a una por una para verificar tanto lo que hay de más respecto de la Constitución, cuanto las alteraciones que ésta muestra en su funcionamiento, por bloqueos, parálisis, violaciones, etc. Por supuesto que la breve exégesis en que estamos empeñados no ofrece oportunidad para ese análisis.



Así no es posible que el jurista moderno se encierre en su mero nicho normativo y desatienda la realidad sociopolítica que lo informa o debe hacerlo, y se impone un esfuerzo minucioso y cuidadoso en el análisis e interpretación de cada norma suprema para llegar, como aspiración final, al acto de justicia, a la estimativa jurídica, con éxito.

Esa estimativa jurídica, como hemos querido calificar en general al evento justiciero, resulta indispensable pues no es extraño que el puro normativismo se quede corto, sino logra incardinarse con axiología y sociología para arribar a lo que Goldsmith denominó *dikelógica*<sup>86</sup> y surge esa necesidad insoslayable para el intérprete de la norma jurídica de echar mano a ese arsenal completo y complejo de puro realismo humano.

Cuando las Constituciones dejan su papel estrictamente nominativo —y recordemos el caso mexicano— y aspiran a un realismo eficaz montado en valoraciones sociales positivas, no sólo fortalecen el trabajo de la justicia, sino que lo respaldan. Sobre ello reflexiona este autor:

Y cuando a ello se suma el imperativo constitucional de afianzar la justicia conforme a la pauta de su preámbulo, tenemos una clave para inducir conductas justas en gobernantes y gobernados, para descalificar las injustas como inconstitucionales, para lograr en los actos de poder y sobre todo en las sentencias judiciales la solución justa de cada caso.

Todo esto nos lleva a reflexionar sobre las nuevas tendencias de distintos gobiernos que se estrenan en el ejercicio del poder, consistentes en la promoción de una *nueva Constitución* bajo un par de razones, al menos, evidentes: por un lado su percepción, así sea intuitiva, en el sentido de que el viejo régimen ha de cambiar, y por el otro, una especie de megalomanía que invita al líder en turno a mirar su época encabezando un decreto promulgatorio de la nueva vida jurídica del país. Sin embargo se pasa por alto que el constitucionalismo nacional de cada comunidad ha ido generando su propia tradición y lealtad; la letra de la ley suprema no puede ser ajena a sus raíces históricas y a su espíritu, pues todo en conjunto alberga los valores más preciados y la realidad política más fuerte. Cuando se trabaja con la Constitución, el jurista ha de esforzarse no en una función meramente exegética o letrística, sino que ha de hurgar en esos otros contenidos mayestáticos de su constitucionalismo. La comunidad social —el pueblo— es la única que brinda asideros suficientes

<sup>86</sup> *Dike*: justicia en griego.

al constitucionalismo, y los contenidos fundamentales no pueden ser suprimidos así nada más por una reforma como el federalismo, la democracia, la independencia judicial o la forma republicana.

El ejercicio de la justicia embebido de contenidos como la igualdad en el trato, la proporcionalidad y la resolución ajustada a cada caso en consideración a sus peculiaridades, sin desestimar la razonable confianza en las tendencias judiciales, exige colmarse del *contenido íntegro* del constitucionalismo y no conformarse con una escueta, muy enteca normatividad.

Venezuela cuenta con acaso la mejor y más moderna Constitución latinoamericana que data de 1999, colmándose en su letra de los avances y conceptualizaciones más adelantados de nuestros tiempos. Su artículo 2o. establece:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

En este título primero dedicado a consagrar los *principios fundamentales*, hallamos notas extraordinarias por su novísima incorporación a una carta magna. No se conforman con establecer un Estado de derecho que implica entre otras circunstancias el sometimiento de todos —gobernados y poderes públicos—, al orden jurídico, desde luego investido de su naturaleza democrática y por supuesto social, que impone al poder de dominio un ejercicio de *hacer* para arribar al goce pleno de los derechos consagrados y no un puro abstencionismo, sino que declara al Estado venezolano como un *Estado de justicia*, con lo que extiende por interpretación natural los conceptos estrictamente normativos a un accionar público colmado de juicios de valor, proporcionalidad y trato igual a todos, ante situaciones iguales. En ese adjetivo del nuevo Estado se implica un hecho singular desde la norma suprema que consiste en diferenciar derecho de justicia. Ya no explican ésta sólo como la determinante de aquél, sino como cocalificadora de la actuación estatal. Ello no solamente comprende la justicia conmutativa, que así logra separar con evidencia el accionar de los poderes aspirando a una independencia más cabal del judicial, sino que están embebidas como perfiles insoslayables del Esta-

do la justicia social y la distributiva, que vemos en los contenidos sociales y económicos del Estado por lo que la calificación tan cara a los españoles de *Estado social*, ahora se ve comprometida con un instrumental justiciero que no admite una pura retórica, ni menos formalismos escuetos, sino una evidente muestra de constitucionalismo material en los propios textos legales.

En ese tono axiológico de la letra constitucional califica de *valores superiores* a los principios constitucionales otrora derechos objetivizados, que envuelven desde los *derechos del hombre y del ciudadano* en su concepción liberal más clásica, hasta los *derechos subjetivos públicos* de fines del XIX y por supuesto su traducción en el siglo XX a *derechos fundamentales* garantizados, ya individuales, sociales, colectivos, pues envuelve los conceptos que enlista ya no como estrictas fórmulas normativo-jurídicas, sino más bien en un sentido de orden sociopolítico que trasciende esa trilogía tan conocida en el discurso histórico de nuestra disciplina que va de lo natural a lo formal y de ahí a lo axiológico, pero como meros ejercicios doctrinales y ahora plasmados así en la letra legal suprema. Esto no es en balde pues implica, desde una carta fundamental, el abandono explícito de todo sentido *iusnaturalista* o *dogmático* en el abordaje del derecho. Ahora sabemos, y lo confirmamos en un texto constitucional, que la incorporación del adjetivo justicia puesto al Estado y la calificación de los principios o derechos objetivizados como valores superiores, que el derecho, su estructura, su fin último, como regulador de conducta humana, sus categorías fundamentales, no se atienden en ese aislamiento normativista antañón y se nos muestra como un *derecho vivo* colmado de realismo social y político.

No quedan ahí los hallazgos en este precepto pues el constituyente se decide con toda claridad a diferenciar entre derecho y moral —añejo debate— y trae a los textos el *ethos* imprescindible en la convivencia y en la actuación del Estado. Esa ética que ha de presidir los actos públicos e individuales asume un papel jurídico formidable que en nuestras latitudes hemos querido anhelarlo, inscribirlo en lo penal y el esquema sancionador, pero no comprenderlo como la formación de la nueva cultura jurídico-política de una nación; sus implicaciones en este artículo preambular se notarán no sólo en los actos de la ley, sino en los actos de aplicación de la misma. El reconocimiento expreso de una sociedad plural en lo político viene atado, lo que si se interpreta desde el ángulo integral del

precepto, influye en los actos de justicia, de igualdad y diferencias, colmando necesariamente al impartidor de justicia y de dicha advertencia, ya no doctrinaria, ya no jurisprudencial, sino de gélido normativismo.

El artículo 5o. en su segundo párrafo trae un concepto en torno al fundamento del ejercicio del poder —incluido el judicial— que corresponde a su equivalente español ya comentado: “Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

El artículo 7o. nos trae el viejo principio de vinculatoriedad y el de jerarquía normativa, que impregnan a todos los poderes: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del Ordenamiento Jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

En torno a los derechos humanos establecen un saludable principio de *progresividad* que no se atiene a las frágiles condiciones de las llamadas *garantías programáticas* y generan una perfecta vinculación desde la óptica social del Estado, en su observancia y promoción. Su artículo 19 reza: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución...”.

Esta disposición se atiene a la recomendación de Bobbio en el sentido de que lo importante en los derechos fundamentales no es su exclusiva consagración, sino su eficaz garantía. Se contempla de manera congruente una fórmula que responde al Estado social de derecho a que aspiran, mirándolo en toda su dimensión de respetuoso ante los derechos y promotor de su ejercicio, logrando así, de manera declaradamente progresiva y no por mero decreto, vincular ingenuamente a todos los poderes y generar la igualdad tanto en la ley, cuanto en su aplicación. Resulta importante resaltar la nota en torno a la interdependencia del ejercicio de los derechos básicos pues es implicante del principio de intersubjetividad y responsabilidad jurídica de todos, de acuerdo con los principios del derecho moderno que deja atrás, normativamente, el liberalismo más clásico que atendía un Estado abstencionista y una relación humana carente de personalidad jurídica capaz de incursionar en los campos de lo jurídico.

Su artículo 21, sobre el principio de igualdad, responde a las tendencias europeas más en boga, que ya vimos en el constitucionalismo español. Su encabezado reza: *Todas las personas son iguales ante la ley*. Y tras prohibir la discriminación, en su segundo inciso, claramente le brinda eficacia legal y aplicativa a la norma, al declarar:

La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El artículo 22 envía un claro mensaje a los impartidores de justicia sensibles a la realidad del entorno axiológico y sociológico imperante:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Esta fórmula de buen diseño viene a resolver agrios debates entre *iusnaturalistas* y positivistas —como la fórmula mexicana— entre tesis formalistas y axiológicas, y aporta al acto de justicia a la estimativa jurídica, herramienta fundamental para evitar equívocos y malinterpretaciones muy frecuentes en cuestiones de esta naturaleza.

Por cuanto atañe a las disposiciones de la potestad jurisdiccional, el acceso a la justicia y la plena independencia judicial, el artículo 26 resuelve con solvencia nuestras preocupaciones manifestadas *supra*:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o repeticiones inútiles.

Este riquísimo precepto<sup>87</sup> dedicado a la potestad jurisdiccional viene a colmar, como gran resumidero legal, diversas disquisiciones ya vaciadas a lo largo de este trabajo tanto desde el punto de mira legal, cuanto del doctrinal. Nos llaman la atención algunas expresiones del texto, pues refiere, a guisa de ejemplo, la posible demanda de justicia sobre bienes de orden difuso o colectivo como puede ser lo relativo a un medio ambiente adecuado, circunstancia que más allá de las complejidades reglamentarias y procedimentales del caso y la legitimación debida, aportan datos de gran actualidad y debate. La referencia a la *tutela efectiva* de los tribunales lleva implícito el principio de exclusividad estatal en la impartición de justicia evitándose la llamada autodefensa o autojusticia. Y al hablar de la *decisión correspondiente* se entabla a la perfección la independencia judicial y su capacidad inherente a la generación y modificación de los criterios judiciales bajo el principio de *razonable confianza*. De todas las cualidades constitucionales que en términos del segundo párrafo deben adornar la administración de justicia —prolija relación por cierto— nos quedan claras la mayoría de ellas, pero algunas pueden resultar redundantes; sin embargo es de alabar el calificativo de *equitativa* que se impone a la estimativa jurídica, para evitar criterios utilitaristas y aspirar siempre a la debida proporcionalidad.

En torno a la accesibilidad a la justicia, Fix-Fierro habla del *derecho a la justicia*:

El derecho de acudir a los tribunales se ha concebido tradicionalmente como un derecho individual. Sin embargo, la tendencia a la socialización del derecho en el presente siglo le ha dado a esta facultad una *proyección* y un *contenido sociales*, porque se trata de lograr una *justicia real* y no sólo formal. Por ello, el derecho de acudir a la jurisdicción del Estado se ha convertido en un verdadero *derecho a la justicia*, entendida ésta como un valor social que debe ser realizado.

<sup>87</sup> Ya se estableció *supra*, legal y doctrinariamente, que implicado en el acto de justicia no solamente se halla el *ius dicere*, sino de manera fundamental, la capacidad del juzgador de hacer que se cumplan sus decisiones. Sobre ello reflexiona Fix-Fierro *in genere*, con aplicaciones a los dispositivos venezolanos ahora en revisión: “Por último, la Constitución encarga al legislador local y federal establecer los medios para garantizar la plena ejecución de las resoluciones de los tribunales. Estos medios son necesarios, ya que los jueces carecen en general de la posibilidad de imponer el cumplimiento de sus fallos, si los particulares o las autoridades les niegan su acatamiento voluntario o no tienen interés en él; para ello dependen del poder coactivo de otras autoridades”.

Los venezolanos reconocen que el poder público que emana de la soberanía popular se divide en cinco ramas: legislativa, ejecutiva, judicial, ciudadana y electoral. En cuanto al Poder Judicial, la norma venezolana no olvida insistir en que *la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley* (artículo 253). Esta legitimación expresa, aun de orden funcional, como quiere Cappelletti, responde a las aspiraciones ya vistas en la regulación española.

Hasta estas latitudes llegamos en materia de concepción de la justicia a finales del siglo XX. En mucho nos estimulan los avances observados, máxime si recordamos que todavía al iniciar esa centuria se minimizaba la función judicial ante su falta de iniciativa, su imposibilidad de autoexcitación y su limitada capacidad de resolución a la parca circunstancia del caso aislado, tanto que en ningún momento quiso vérsese como uno de los poderes del dominio político estatal. El relativismo de Kelsen aisló a la justicia del estudio científico del derecho, al que había que mirar tan sólo en su más aislada sustantividad normativa y en todo caso coadyuvó a impulsar los tribunales constitucionales, inspirando así el austriaco de 1920. El camino para el desarrollo de la justicia durante los últimos 100 años ha sido largo, penoso, en muchas ocasiones lento, sinuoso, pero finalmente trascendimos de concepciones muy liberales que dejaban al ser humano en una especie de desolada planicie frente a sus congéneres y un Estado lejano e indiferente; y de otras plenas de formalismo que se acercaron más a cartas aritméticas que a una auténtica justicia entre hombres, hasta estos momentos, de rescate de principios tan relevantes como la igualdad, de funciones como la jurisdiccional y de un plexo jurídico colmado de axiología y realismo sociopolítico.

## IX. LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

Hemos procurado invocar la doctrina más importante sin escatimar esfuerzos, buscando no prolijidad, pero sí un panorama lo suficientemente generoso y contrastante para brindarle al lector posibilidades de análisis y convicción más amplias y sustentables. Así mismo, hicimos una revisión somera en torno a la norma suprema de distintas latitudes, todas apegadas a nuestra tradición jurídica y sociopolítica, a fin de unificar en

un trabajo editorial pensamiento y crítica, con norma válida y vigente. El empeño resultaría trunco si no traemos un repaso del pensamiento del Poder Judicial en torno a sus propios temas. Las tesis aisladas y la jurisprudencia definida de sus órganos competentes integran un ingrediente insalvable en todo estudio que se borde, o pretenda hacerlo, en torno a un tema como la justicia.

En este apartado simplemente vaciaremos esos criterios judiciales, base de la potestad jurisdiccional y de la interpretación de la norma jurídica, a fin de que nos sea develado uno de los aspectos más relevantes en la comprensión de nuestro tema que es la justicia en tanto ejercicio de poder, aspiración y derecho ciudadano y concepto doctrinal de enorme ocupación y preocupación en todo el orbe, pero también podremos asumir la noción ideológica del aplicante de la ley en el *ius dicere*.

Asumamos un primer tema que nos ha inquietado en los apartados anteriores: la igualdad como principio no absoluto o sólo formal unívocamente, sino como indicio en el tratamiento legal de las personas y con una perspectiva multívoca, vaciada a toda la gama de derechos fundamentales que adornan la vida del hombre en la actualidad. El Pleno de nuestro tribunal dice por unanimidad:

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: II, agosto de 1995

Tesis: P. LV/95

Página: 72

IGUALDAD, PRINCIPIO DE. EL ARTÍCULO 470, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE TAMAULIPAS NO ES VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al consagrar el principio de igualdad, no prescribe que el legislador trate de manera igual a quienes se encuentren en situaciones diversas entre sí, sino a dar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en situación semejante, lo que equivale a decir que en situaciones diversas el trato debe ser desigual, siguiéndose de ello que la desigualdad establecida por el legislador en determinados supuestos, es la vía de realización del principio constitucional de igualdad. De acuerdo con ello, corresponde al legislador la previsión de los supuestos de hecho o de derecho que, agrupados entre sí, por sus características



comunes, sean suficientes y necesarias para diferenciarlos de otros, en cuanto tales notas comunes tengan una relevancia jurídica. En este orden de ideas, el diverso 470, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas no infringe el principio de igualdad, porque al prevenir en favor de los abogados la vía incidental para el cobro de sus honorarios, establece una categoría de sujetos que por sus características propias pueden quedar exceptuados de la tramitación sumaria de sus pretensiones, por lo que los abogados, acreedores de honorarios por su patrocinio en un determinado juicio, y los clientes luego demandados se distinguen de los sujetos a juicio sumario, toda vez que por su proximidad inmediata con las actuaciones y pruebas del juicio en el que intervinieron debe presumirse que cuentan con los documentos y constancias probatorias preparadas y ofrecidas por ellos en el proceso, lo que en todo caso permite expedir los plazos de actuaciones y probanza, luego entonces, si la excepción prevista por la disposición reclamada corresponde plenamente a la finalidad de la ley que la establece, sin que ello se traduzca en una discriminación de otros profesionales pretensesores de pago judicial de honorarios, debe concluirse que el referido artículo 470, fracción III, del código adjetivo en materia civil del estado de Tamaulipas no es conculcatorio del principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Federal.

Amparo en revisión 662/93. Manuel David Guzmán Maza. 27 de junio de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: Ma. Elena Leguízamo Ferrer.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el dieciséis de agosto en curso, por unanimidad de diez votos de los señores ministros presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número LV/95 (9a.) la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

Esta tesis resalta por su actualidad y visión en torno al principio de igualdad ya que, según vimos al repasar las normas constitucionales españolas y mexicanas, encontrábamos trunca nuestra disposición, que se viene a resolver a través de esta decisión tan notable y que aborda con claridad, no la igualdad formal en la ley, sino el muy buscado principio

de *igualdad de trato* y de conocimiento expreso de las diferencias, a fin de no caer en el defecto de la discriminación positiva. Ahora bien, ese principio de igualdad también se genera ante los aspectos estrictamente jurisdiccionales, de tal manera que el propio Tribunal Pleno emitió la siguiente jurisprudencia que aborda la igualdad en torno a la prohibición de leyes privativas o tribunales especiales:

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: VI, septiembre de 1997

Tesis: P. CXXXV/97

Página: 204

IGUALDAD. LAS GARANTÍAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL LA CONSAGRAN, EN EL ASPECTO JURISDICCIONAL, PROHIBIENDO LAS LEYES PRIVATIVAS, LOS TRIBUNALES ESPECIALES Y LOS FUEROS. De la interpretación histórica del artículo 13 constitucional, y particularmente del debate que suscitó el mismo precepto de la Constitución de 1857, se desprende que la teleología de tal norma es la de consagrar la plena igualdad ante la ley, eliminando las manifestaciones más evidentes que atentan contra ella, como son las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros; de lo que se sigue que la igualdad que consagra el citado precepto se refiere a un aspecto específico: el de la jurisdicción. Así, el artículo 13 constitucional proscribía la aplicación de “leyes” que no sean generales, abstractas y permanentes; de tribunales distintos a los ordinarios creados por la ley con competencia genérica y jurisdicción diferente para las personas, en función de su situación social.

Amparo directo en revisión 698/96. Emilio Ocejo Gutiérrez y otra. 4 de agosto de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinticinco de agosto en curso, aprobó, con el número CXXXV/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Hallamos los alcances precisos de dicho criterio a la luz de ese principio de igualdad no absolutizado, sino de estricta raigambre material, en la siguiente jurisprudencia:

Octava época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: VI segunda parte-1

Tesis: I. 2o. A. J/22

Página: 357

GARANTÍA DE IGUALDAD ANTE LA LEY. ALCANCES DE LA (ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL). El error en que hubiera incurrido la autoridad al conceder un beneficio, en modo alguno legitima a otros aspirantes para exigir un tratamiento igual, ya que la garantía de igualdad establecida en el artículo 13 constitucional estriba en que se aplique la ley a todos los casos que se encuentran comprendidos dentro de la hipótesis normativa, sin distinción de personas, lo cual no tiene el alcance de que se otorgue a todos los que lo soliciten, el mismo beneficio que indebidamente se le haya dado a alguien, si no procede de conformidad con la ley, aun cuando su situación sea la misma.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1436/87. Acesco Instalaciones, S. A. 17 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Amado Yáñez. Secretario: Rolando González Licona.

Amparo directo 1556/87. Hierro y Perfiles, S. A. de C. V. 25 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Amado Yáñez. Secretario: Miguel de J. Bautista Vázquez.

Amparo directo 1532/88. Termoplásticos de México, S. A. 30 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Amado Yáñez. Secretario: Miguel Ángel Cruz Hernández.

Amparo en revisión 1722/89. Línea Deportiva Internacional, S. A. de C. V. 15 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Ma. del Consuelo Núñez de González.

Amparo directo 922/90. Transautos sin Rodar, S. A. de C. V. 22 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Amado Yáñez. Secretario: Miguel Ángel Cruz Hernández.

Nota: Esta tesis también aparece publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 35, noviembre de 1990, pág. 81.

Un buen ejemplo para el tratamiento igual nos lo proporciona la siguiente tesis que aborda el problema de la acreditación de la personalidad jurídica:

### Novena época

Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: III, enero de 1996

Tesis: IV.1o.2 K

Página: 324

PERSONALIDAD. EXAMEN DE LA. Tratándose del examen de la falta de personalidad, cabe señalar, que si bien es cierto que por constituir un presupuesto procesal, puede ser analizada en cualquier estado del juicio, aun cuando no se haya abordado en primera instancia el examen de esa cuestión, también es verídico que si el demandado tuvo oportunidad de apelar contra el fallo del juez primario, y también en aptitud de proponerla en sus agravios lo que no hizo, es inconcuso que ya no puede plantearla ante el órgano de control constitucional, habida cuenta de que, con la expresión “en cualquier estado del juicio” se alude al natural, al de origen, por lo que no constituyendo el órgano colegiado una instancia más, dentro de ese procedimiento, no puede hacerse cargo del examen de la falta de personalidad del actor, pues si, por las razones expuestas, tal punto no estuvo en posibilidad de analizarlo el tribunal de alzada, menos puede hacerlo este colegiado, atenta la técnica que rige en el amparo directo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 885/95. Alberto Calderas Martínez. 12 de diciembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Sánchez Fitta. Secretario: Anastasio González Martínez.

Aquí cabe insertar la siguiente jurisprudencia en torno a las formalidades esenciales del procedimiento que han de aplicarse sin ninguna distinción:

### Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: II, diciembre de 1995

Tesis: P./J. 47/95

Página: 133

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o de-

rechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Éstas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

Amparo directo en revisión 2961/90. Ópticas Devlyn del Norte, S.A. 12 de marzo de 1992. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo directo en revisión 1080/91. Guillermo Cota López. 4 de marzo de 1993. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

Amparo directo en revisión 5113/90. Héctor Salgado Aguilera. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Raúl Alberto Pérez Castillo.

Amparo directo en revisión 933/94. Blit, S.A. 20 de marzo de 1995. Mayoría de nueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo directo en revisión 1694/94. María Eugenia Espinosa Mora. 10 de abril de 1995. Unanimidad de nueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veintitrés de noviembre en curso, por unanimidad de once votos de los ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 47/1995 (9a.) la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, Distrito Federal, a veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Una muestra precisa con relación al principio de igualdad proclamado por el artículo 1o. constitucional es la siguiente tesis:

### Novena época

Instancia: Noveno Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: II, julio de 1995

Tesis: I.9o.T.6 K

Página: 234

EXTRANJEROS, SOLICITUD DE AMPARO POR. LEGITIMACIÓN. El artículo 1o. de la Constitución Federal no distingue entre los nacionales y los extranjeros al disponer que: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”; el dispositivo 33 de la ley fundamental ordena que los extranjeros “Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución...”, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el ordinal 17, segundo párrafo, de la misma carta magna, que en lo conducente dice: “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.” De todo lo cual se sigue que los extranjeros disfrutan de legitimación para acudir al juicio de amparo, sin que les sea aplicable el artículo 67 de la Ley General de Población, a efecto de que previamente comprueben su legal estancia en el país y que su condición y calidad migratoria les permiten promoverlo o, en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación para ese fin.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 5629/95. Luis González y otros. 7 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Rafael Olivera Toro y Alonso. Secretario: Ricardo Castillo Muñoz.

El mismo principio es abordado desde otra óptica por el criterio judicial:

### Octava época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: XIII-febrero

Página: 333

IGUALDAD DERECHO DE. NO LO VULNERA EL ARTÍCULO 12 DEL REGLAMENTO DE CENTROS NOCTURNOS, CABARETS, BARES, RESTAURANTES BAR, ESPECTÁCULOS PÚBLICOS, CONCURSOS DE CUALQUIER TIPO Y EVENTOS ESPECIALES, DE ACAPULCO, GUERRERO. Es inexacto que el numeral aludido en el rubro, viole la garantía de igualdad tutelada por los artículos 1o. y 13 constitucionales, ya que, este dispositivo no señala diferentes horarios para establecimientos de un mismo giro; sino que, atiende a la actividad de cada comercio, para ubicar horarios iguales a los negocios de idéntico giro.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 256/93. Operadora del Embarcadero, S.A. de C.V., por conducto de su representante Carlos M. Altamirano Pineda. 24 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: René Silva de los Santos. Secretario: Indalfer Infante González.

Volviendo al mandato prohibitivo de leyes privativas, conozcamos el criterio jurisprudencial que logra su nítida diferencia con leyes especiales:

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: VII, marzo de 1998

Tesis: P./J. 18/98

Página: 7

LEYES PRIVATIVAS. SU DIFERENCIA CON LAS LEYES ESPECIALES. Las leyes privativas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia, encontrándose prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido a que atentan contra el principio de igualdad jurídica; mientras que las leyes especiales, aun cuando se aplican a una o a varias categorías de personas relacionadas con hechos, situaciones o actividades específicas, sí se encuentran investidas de las características de generalidad, abstracción y permanencia, dado que se aplican a todas las personas que se colocan dentro de las hipótesis que prevén y no están dirigidas a una persona o grupo de ellas individualmente determinado, además de que su vigencia jurídica pervive después de aplicarse a un caso concreto para regular los casos posteriores en que se actualicen los supuestos contenidos en ellas, no transgrediendo, por tanto, el citado precepto constitucional.

Amparo en revisión 8981/84. Fábrica de Jabón La Corona, S.A. 4 de junio de 1985. Mayoría de dieciocho votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María del Carmen Sánchez Hidalgo.

Amparo en revisión 359/97. Felipe Tuz Cohuo. 25 de septiembre de 1997. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Fortunata Florentina Silva Vásquez.

Amparo en revisión 262/97. Gabriel Neira Rodríguez y coag. 29 de septiembre de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo.

Amparo en revisión 568/97. Jaime Salvador Jury Estefan y coags. 9 de octubre de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Fortunata Florentina Silva Vásquez.

Amparo en revisión 1819/96. Manuel Rodolfo Morales Martínez. 9 de octubre de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número 18/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Dentro de estas concepciones conviene traer criterios en torno al principio de equidad, visto desde el punto de mira tributario:

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: V, junio de 1997

Tesis: P./J. 42/97

Página: 36

EQUIDAD TRIBUTARIA. IMPLICA QUE LAS NORMAS NO DEN UN TRATO DIVERSO A SITUACIONES ANÁLOGAS O UNO IGUAL A PERSONAS QUE ESTÁN EN SITUACIONES DISPARES. El texto constitucional establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; en relación con la materia tributaria, consigna expresamente el principio de equidad para que, con



carácter general, los poderes públicos tengan en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Conforme a estas bases, el principio de equidad se configura como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico de la producción normativa y de su posterior interpretación y aplicación. La conservación de este principio, sin embargo, no supone que todos los hombres sean iguales, con un patrimonio y necesidades semejantes, ya que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos acepta y protege la propiedad privada, la libertad económica, el derecho a la herencia y otros derechos patrimoniales, de donde se reconoce implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas. El valor superior que persigue este principio consiste, entonces, en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propiciar efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Amparo en revisión 321/92. Pyosa, S. A. de C. V. 4 de junio de 1996. Mayoría de ocho votos; unanimidad en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Constancio Carrasco Daza.

Amparo en revisión 1243/93. Multibanco ComerMex, S. A. 9 de enero de 1997. Once votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Rosalba Becerril Velázquez.

Amparo en revisión 1215/94. Sociedad de Autores de Obras Fotográficas, Sociedad de Autores de Interés Público. 8 de mayo de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca.

Amparo en revisión 1543/95. Enrique Serna Rodríguez. 8 de mayo de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Manuel Arballo Flores.

Amparo en revisión 1525/96. Jorge Cortés González. 8 de mayo de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Víctor Francisco Mota Cienfuegos.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el dos de junio en curso, aprobó, con el número 42/1997, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de junio de mil novecientos noventa y siete.

Para cerrar el tópico de la igualdad invoquemos la siguiente jurisprudencia relacionada con leyes privativas prohibidas por la Constitución:

Sexta época

Instancia: Pleno

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: I, parte SCJN

Tesis: 222

Página: 211

LEYES PRIVATIVAS. Es carácter constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta; es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación y se aplique sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto no sean abrogadas. Una ley que carece de esos caracteres, va en contra del principio de igualdad, garantizado por el artículo 13 constitucional, y aun deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia. Estas leyes pueden considerarse como privativas, tanto las dictadas en el orden civil como en cualquier otro orden, pues el carácter de generalidad se refiere a las leyes de todas las especies, y contra la aplicación de las leyes privativas protege el ya expresado artículo 13 constitucional.

Sexta época:

Amparo en revisión 2882/58. Aseguradora Anáhuac, S. A. 26 de abril de 1961. Mayoría de catorce votos.

Amparo en revisión 7392/59. Seguros Atlas, S. A. 26 de abril de 1961. Mayoría de quince votos.

Amparo en revisión 3850/59. Inmobiliaria Málaga, S. A. 22 de mayo de 1961. Unanimidad de quince votos.

Amparo en revisión 5878/59. "Fincas e Inmuebles", S. A. 22 de mayo de 1961. Unanimidad de quince votos.

Amparo en revisión 2916/52. Octavio Valencia Noris. 2 de marzo de 1965. Unanimidad de diecisiete votos.

Nota: En los Apéndices a los tomos L, LXIV, LXXVI, XCVII y Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1954, la tesis se publicó con diferentes precedentes.

Arribemos a un punto muy rico en decisiones de nuestro máximo tribunal relativo a la manifestación más relevante y potente de la potestad jurisdiccional y que se retrata fielmente en la interpretación de la norma

jurídica con todas sus manifestaciones formales y materiales, y con la adopción, fijación o modificación de criterios jurisprudenciales que hemos estudiado *supra*.

Octava época

Instancia: Pleno

Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: 71, noviembre de 1993

Tesis: P. LXX/93

Página: 40

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES RECLAMABLE A TRAVÉS DE UN JUICIO DE GARANTÍAS. La jurisprudencia sentada por los tribunales de la Unión conforme a los artículos 103 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (jurisdicción ordinaria federal) y 192 a 197 B de la Ley de Amparo (jurisdicción constitucional), no es reclamable a través del juicio de amparo, pues la interpretación conjunta de los artículos 94, 103 y 107, fracción XIII, constitucionales permite sostener que el Constituyente ha dispuesto un mecanismo distinto para su establecimiento, reforma o revisión, en el cual se confía al legislador ordinario la determinación de los requisitos a observarse en cada caso, en el entendido de que tratándose de la derivada de los juicios de amparo, la propia Constitución determina los mecanismos para solucionar las contradicciones entre las sustentadas por Tribunales Colegiados o por las Salas de esta Suprema Corte; en este sentido, la regularidad de una tesis jurisprudencial frente al texto legal o constitucional sobre el que verse, o frente al ordenamiento jurídico, no puede ser examinada tantas veces como los particulares afectados por su aplicación promuevan juicios de amparo, pues ello sería contrario a la seguridad jurídica y crearía un caos en el sistema de administración de justicia. Dada la naturaleza de la jurisprudencia, su creación, interrupción o modificación, debe regirse por reglas distintas de las que determinan la procedencia del juicio de amparo en contra de cualquier acto del poder público, sin que ello signifique sostener que el contenido normativo de la jurisprudencia quede al margen de la Constitución, pues para el Constituyente la jurisprudencia de los tribunales federales es un producto de su labor como intérpretes supremos de la carta fundamental, leyes, tratados internacionales y, en general, de las normas jurídicas, cuyo criterio debe reputarse siempre acorde a los principios constitucionales; además, de estimar procedente la acción de amparo en contra de las resoluciones de esta Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito que sientan jurisprudencia, se

admitiría la posibilidad de que se cuestionara implícitamente la corrección de fallos que son inatacables en términos de la propia Constitución y de la ley de la materia.

Amparo directo en revisión 1080/91. Guillermo Cota López. 4 de marzo de 1993. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el jueves cuatro de noviembre en curso, por unanimidad de diecisiete votos de los señores Ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón y Juan Díaz Romero: aprobó, con el número LXX/93, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez y Atanasio González Martínez. México, Distrito Federal, a ocho de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

*La razonable confianza* en los jueces se pone de manifiesto. Una decisión fundamental en la hermenéutica congruente del derecho en justicia es:

Novena época

Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: II, agosto de 1995

Tesis: X.1o. J/4

Página: 396

SENTENCIAS DE LOS JUECES DE DISTRITO. NO SON CONCLULATORIAS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. Las sentencias de los jueces de Distrito, atento a la naturaleza sobre la que versa y la técnica del juicio de amparo, que es el examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos de autoridad, jamás pueden ser estimadas conculcatorias de las garantías que consagra en favor de todo individuo la parte dogmática de la Constitución General de la República, sino sólo en lo que atañe a la indebida aplicación de los artículos de la Ley de Amparo, así como de las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando se invocan existiendo disposición expresa en la ley de la materia o se contraría la debida interpretación jurídica de sus normas.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 24/95. Cloro de Tehuantepec, S.A. de C.V. 10 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Hernández Piña. Secretario: Sergio Armando Martínez Vidal.

Amparo en revisión 285/94. Víctor Hernández Vidal. 10 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Leonardo Rodríguez Bastar. Secretaria: María Dolores Olarte Ruvalcaba.

Amparo en revisión 36/95. Raúl Trejo García. 10 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Hernández Piña. Secretaria: Adelita Méndez Cruz.

Amparo en revisión 13/95. Justo Mena Vidal. 17 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Vilchiz Sierra. Secretario: Ruber Alberto Rodríguez Mosqueda.

Amparo en revisión 89/95. Augusto Jacinto Hernández. 11 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Hernández Piña. Secretario: Roberto Hernández Ríos.

Como habíamos mencionado, la interpretación de la ley de los principios de potestad jurisdiccional y de exclusividad resulta el nodo central de nuestra organización jurídico-política:

Octava época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: IX-enero

Tesis: 3a. CLXI/91

Página: 67

PLENO DE LA SUPREMA CORTE. A ÉL CORRESPONDE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO COMPETENCIAL QUE REQUIERE PARA SU RESOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES A FIN DE DETERMINAR LA MATERIA SOBRE LA QUE VERSA. Cuando para la resolución de un conflicto competencial, aun cuando éste se presente entre tribunales especializados en una materia, resulte necesario interpretar directamente preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de determinar la materia sobre la que versa aquél, la competencia corresponde al Pleno de la Suprema Corte, pues en este supuesto el asunto va más allá de una mera aplicación de preceptos de carácter procesal, de una controversia entre leyes o entre tribunales en la aplicación de una ley sustantiva o adjetiva, y el sentido de las reformas de 1988 en el régimen de competencias es el de que sea la

Suprema Corte en Pleno la que conozca de los problemas de constitucionalidad y de la interpretación de preceptos de la Constitución Federal. Además, conforme a lo dispuesto por los artículos 106 constitucional y 11, fracción XV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, corresponde a este poder, en los términos de la ley respectiva, dirimir las controversias que se susciten entre los tribunales de la federación, entre éstos y los de los estados o entre los de un estado y los de otro, y compete al Pleno de la Suprema Corte conocer de cualquier otro asunto de la competencia de la Suprema Corte, cuyo conocimiento no corresponda a las Salas de la misma, por disposición expresa de la ley. Por tanto, es competente el Pleno para conocer del conflicto competencial cuando se requiera determinar la materia sobre la que versa, ya que tal supuesto no encuadra en ninguno de los contemplados por los artículos 24 a 27 de la Ley Orgánica citada, pues lo contrario implicaría prejuzgar sobre la materia del asunto en que se presenta el conflicto, cuando que ello es precisamente la cuestión que debe ser examinada para resolverlo.

Competencia civil 109/91. Suscitada entre las jueces Vigésimo Segundo de lo Civil en el Distrito Federal y Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal. 23 de septiembre de 1991. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Salvador Rocha Díaz. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

La doctrina logra un papel relevante en la interpretación pero de ninguna manera puede ser obligatoria:

Octava época

Instancia: Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: III segunda parte-1

Página: 295

DOCTRINA. NO ES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA. Las opiniones doctrinarias que se citen en una demanda de garantías, si bien puede revestir interés académico, no son de observancia obligatoria para los tribunales de control constitucional, ni para ningún otro. En efecto, para emitir una sentencia de amparo sólo es obligatorio acatar la Constitución, las leyes que de ésta emanen, la jurisprudencia y, cuando aquélla lo prevé, los principios generales del derecho; de modo que, mientras la aplicación de la ley no sea violatoria de garantías, o contraria a la jurisprudencia o en su caso, a los citados principios, carecen de eficacia jurídica esas doctrinas, pues el valor de éstas estriba en que den contenido a una norma de carácter legal.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 25/89. José Zárate Díaz. 28 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: María Guadalupe Herrera Calderón.

Sin embargo, con un auténtico criterio de interpretación material del derecho, la Corte estableció algo fundamental en su hora:

Quinta época

Instancia: Pleno

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: VI, parte SCJN

Tesis: 331

Página: 222

LEGISLACIÓN PRECONSTITUCIONAL. Tiene fuerza legal y debe ser cumplida, en tanto que no pugne con la Constitución vigente, o sea expresamente derogada.

Quinta época:

Amparo en revisión 28/17. Álvarez e Icaza Ignacio. 17 de diciembre de 1917. Unanimidad de nueve votos.

Amparo en revisión 25/17. Beurang de Matty María. 17 de diciembre de 1917. Unanimidad de nueve votos.

Amparo en revisión 26/17. Duarte de Peón Concepción. 17 de diciembre de 1917. Unanimidad de nueve votos.

Amparo en revisión 27/17. Fernández Ildefonso. 17 de diciembre de 1917. Unanimidad de nueve votos.

Amparo en revisión 29/17. Lastiri Miguel. 17 de diciembre de 1917. Unanimidad de nueve votos.

En cambio, al derecho comparado le brinda el mismo tratamiento interpretativo que en el caso de la doctrina:

Novena época

Instancia: Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: V, enero de 1997

Tesis: XXII.16 K

Página: 456

DERECHO COMPARADO. LAS AUTORIDADES NO ESTÁN OBLIGADAS A RESOLVER CON APOYO EN EL. Conforme a lo dispuesto por el artículo 14

constitucional, las autoridades encargadas de la administración de justicia están obligadas a resolver conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la legislación sustantiva vigente y, a falta de ésta, en los principios generales del derecho, los que en ninguna forma comprenden el derecho comparado, cuya disciplina está considerada como fuente del derecho mexicano, que estudia a los diversos sistemas jurídicos existentes, a efecto de determinar las semejanzas y diferencias entre éstos y que, en su caso, permitiría una mayor comprensión del derecho nacional, pero de ninguna manera resulta jurídico exigir a los juzgadores que resuelvan con apoyo en esa ciencia, porque no existe sustento legal que los faculte a ello.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 881/96. Francisco Javier Asturiano Rosales. 5 de diciembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Augusto Benito Hernández Torres. Secretaria: Leticia Morales García.

La aplicación del criterio jurídico por parte de los jueces integra su calidad de independientes y los sujeta tan sólo a la debida motivación, en su caso, del cambio de criterio, así ésta sea implícita:

Octava época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: VII-mayo

Tesis: P./J. 15/91

Página: 26

QUEJA ADMINISTRATIVA. VERSA SOBRE IRREGULARIDADES ATRIBUIDAS A FUNCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL FEDERAL Y NO SOBRE CRITERIOS JURÍDICOS. La llamada “queja administrativa” cuya existencia se deriva de lo previsto en la fracción VI del artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, tiene como propósito que el Pleno de la Suprema Corte conozca y decida si la conducta de magistrados y jueces es correcta, por lo que esa instancia debe circunscribirse al examen de conductas que revelen ineptitud manifiesta, mala fe, deshonestidad o alguna otra seria irregularidad en la actuación de los funcionarios judiciales. Por consiguiente, en dicha instancia no pueden examinarse de nueva cuenta, para efectos jurisdiccionales, los problemas jurídicos controvertidos en un caso concreto, para determinar si la Suprema Corte comparte el criterio jurídico sustentado o si existe alguna irregularidad técnica en una sentencia que, en muchos casos, tiene el carácter de ejecutoria.



Queja administrativa 23/89. Instituto Mexicano del Seguro Social. 5 de diciembre de 1989. Unanimidad de veintiún votos de los señores ministros presidente del Río Rodríguez de Silva Nava, Magaña Cárdenas, Alba Leyva, Azuela Güitrón, Rocha Díaz, Castañón León, López Contreras, Fernández Doblado, Pavón Vasconcelos, Adato Green, Rodríguez Roldán, Martínez Delgado, Carpizo Mac Gregor, González Martínez, Villagordoa Lozano, Moreno Flores, García Vázquez, Chapital Gutiérrez, Díaz Romero y Schmill Ordóñez. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Sergio Novales Castro.

Queja administrativa 32/89. José V. Soto Ramírez y otro. 20 de febrero de 1990. Unanimidad de veintiún votos de los señores ministros: de Silva Nava, Magaña Cárdenas, Alba Leyva, Azuela Güitrón, Rocha Díaz, Castañón León, López Contreras, Fernández Doblado, Pavón Vasconcelos, Adato Green, Rodríguez Roldán, Martínez Delgado, González Martínez, Carpizo Mac Gregor, Villagordoa Lozano, Moreno Flores, García Vázquez, Chapital Gutiérrez, Díaz Romero, Schmill Ordóñez y presidente del Río Rodríguez. Ponente: Salvador Rocha Díaz. Secretario: Alejandro Sosa Ortiz.

Queja administrativa 33/89. José de Jesús Martínez Sánchez. 20 de febrero de 1990. Unanimidad de veintiún votos de los señores ministros: de Silva Nava, Magaña Cárdenas, Alba Leyva, Azuela Güitrón, Rocha Díaz, Castañón León, López Contreras, Fernández Doblado, Pavón Vasconcelos, Adato Green, Rodríguez Roldán, Martínez Delgado, Carpizo Mac Gregor, González Martínez, Villagordoa Lozano, Moreno Flores, García Vázquez, Chapital Gutiérrez, Díaz Romero, Schmill Ordóñez y Presidente del Río Rodríguez. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Sergio Novales Castro.

Queja administrativa 55/90. Shi Yiu Cheung. 12 de marzo de 1991. Unanimidad de veinte votos de los señores ministros: de Silva Nava, Magaña Cárdenas, Rocha Díaz, Azuela Güitrón, Alba Leyva, Castañón León, López Contreras, Fernández Doblado, Llanos Duarte, Adato Green, Rodríguez Roldán, Martínez Delgado, Gil de Lester, González Martínez, Villagordoa Lozano, Moreno Flores, García Vázquez, Díaz Romero, Chapital Gutiérrez y presidente Schmill Ordóñez. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Diógenes Cruz Figueroa.

Queja administrativa 30/90. Aeropuertos y Servicios Auxiliares. 10 de abril de 1991. Unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros: Magaña Cárdenas, Rocha Díaz, Azuela Güitrón, Alba Leyva, Castañón León, López Contreras, Fernández Doblado, Llanos Duarte, Rodríguez Roldán, Martínez Delgado, Gil de Lester, González Martínez, Villagordoa Lozano, Moreno Flores, García Vázquez, Díaz Romero, Chapital Gutiérrez y presi-

dente Schmill Ordóñez. Ausentes: Adato Green y de Silva Nava. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Miguel Angel Castañeda Niebla.

Tesis de jurisprudencia 15/91 aprobada por el Tribunal en Pleno en sesión privada celebrada el martes siete de mayo de mil novecientos noventa y uno. Unanimidad de veinte votos de los señores ministros: presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, Ignacio Magaña Cárdenas, Salvador Rocha Díaz, Mariano Azuela Güitrón, Samuel Alba Leyva, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Victoria Adato Green, Santiago Rodríguez Roldán, José Martínez Delgado, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Juan Díaz Romero, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez y Noé Castañón León. México, D. F., a 14 de mayo de 1991.

Nota: Esta tesis también aparece publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 41, mayo de 1991, pág. 19.

Con relación a la arquitectura misma de la jurisprudencia, nuestros máximos tribunales se han pronunciado con eficacia y lucidez. Veamos algunas tesis relevantes, que mucho nos interesan en el esfuerzo de comprender la tarea interpretativa judicial, con tonos verdaderamente actualizados por su evidente sentido material y no escuetamente formal:

Octava época

Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: III segunda parte-1

Página: 419

INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE NORMAS LEGALES. SUS DIFERENCIAS. El exacto cumplimiento de la Constitución sólo puede lograrse si su intérprete, liberándose de las ataduras de quienes se encargan simplemente de aplicar los textos legales (expresión positivizada del derecho), entiende que su función no se agota en la mera subsunción automática del supuesto de hecho al texto normativo, ni tampoco queda encerrada en un positivismo formalizado superado muchas décadas atrás, sino que comprende básicamente una labor de creación del derecho en la búsqueda de la efectiva realización de los valores supremos de justicia. Es precisamente en el campo de las normas constitucionales, las que difieren esencialmente de las restantes que conforman un sistema jurídico determinado, en razón no únicamente de su jerarquía suprema, sino de sus

contenidos, los que se inspiran rigurosamente en fenómenos sociales y políticos preexistentes de gran entidad para la conformación de la realidad jurídica en que se halla un pueblo determinado, que la jurisprudencia —pasada la época del legalismo—, se ha convertido en una fuente del derecho que, aunque subordinada a la ley que le otorga eficacia normativa, se remonta más allá de ella cuando el lenguaje utilizado por el constituyente (al fin y al cabo una obra inacabada por naturaleza) exige una recreación por la vía de la interpretación, para el efecto de ajustarla a las exigencias impuestas por su conveniente aplicación. Así, el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial magnificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, convirtiendo a la norma escrita en una expresión del derecho vivo, el derecho eficaz que resulta no sólo de la reconstrucción del pensamiento y voluntad que yace en el fondo de la ley escrita (a través de los métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático), sino también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la consecución de los postulados fundamentales del derecho.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 553/89. Perfiles Termoplásticos, S.A. 7 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos.

En esta tesis encontramos a un juez comprometido con su realidad sociopolítica que no ignora su entorno y no se sume en esa aislada sustantividad normativa ya tan en desuso y perniciosa para los efectos verdaderos de la justicia. Un triunfo excepcionalmente importante y que fue materia de debate constante es el que integra el meollo de la siguiente tesis:

Novena época

Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: VIII, diciembre de 1998

Tesis: XIV.1o.8 K

Página: 1061

JURISPRUDENCIA. ES OBLIGATORIA PARA LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN ACATAMIENTO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD QUE DIMANA DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL. Si bien los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo que determinan la obligatoriedad de la jurisprudencia

dencia que establezca la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o en Salas y cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito, se refieren de manera genérica a órganos jurisdiccionales sin hacer mención a las autoridades administrativas, éstas también quedan obligadas a observarla y aplicarla, lo cual se deduce del enlace armónico con que se debe entender el texto del artículo 16, primer párrafo, de la Constitución Federal y el séptimo párrafo del artículo 94 de la misma codificación suprema; ello porque, por un lado, la jurisprudencia no es otra cosa sino la interpretación reiterada y obligatoria de la ley, es decir, se trata de la norma misma definida en sus alcances a través de un procedimiento que desentraña su razón y finalidad; y por el otro, que de conformidad con el principio de legalidad que consagra la primera de las disposiciones constitucionales citadas, las autoridades están obligadas a fundar y motivar en mandamiento escrito todo acto de molestia, o sea que deberán expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso, así como las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del mismo. Por tanto, conjugando ambos enunciados, obvio es que para cumplir cabalmente con esta obligación constitucional, toda autoridad deberá no solamente aplicar la ley al caso concreto, sino hacerlo del modo que ésta ha sido interpretada con fuerza obligatoria por los órganos constitucional y legalmente facultados para ello. En conclusión, todas las autoridades, incluyendo las administrativas, para cumplir cabalmente con el principio de legalidad emanado del artículo 16 constitucional, han de regir sus actos con base en la norma, observando necesariamente el sentido que la interpretación de la misma ha sido fijado por la jurisprudencia.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Revisión fiscal 27/98. Administrador Local Jurídico de Ingresos de Mérida. 1o. de octubre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Rafael Quero Mijangos.

En torno a nuestra búsqueda de una justicia verdaderamente moderna y realista que sabe abandonar, cuando es preciso, su aislado normativismo y reconoce que debe abreviar de valores y hechos acaecidos o que informan una determinada comunidad de hombres, encontramos la siguiente tesis por demás notable:

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: VII, abril de 1998

Tesis: P. XXVIII/98

Página: 117

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 aquéllos 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.

Amparo en revisión 2639/96. Fernando Arreola Vega. 27 de enero de 1998. Unanimidad de nueve votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintitrés de marzo en curso, aprobó, con el número XXVIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

En materia de aplicación legal a partir de una debida interpretación, demos lectura a la siguiente tesis:

Octava época

Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: XIII-mayo

Página: 466

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS. DIFERENCIA SUSTANCIAL DE LA. RECURSO DE REVISIÓN DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. La aplicación de un precepto implica adecuar el caso concreto a la regla general de la ley y se traduce en una fundamentación, lo cual es obligatorio para toda clase de autoridades, en términos del artículo 16 de la Constitución General de la República. En tratándose del recurso de revisión, planteado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para su procedencia, cuando se invoca el párrafo cuarto del artículo 248, del Código Fiscal Federal, no existe condición alguna de razonamiento previo, para interponer la aludida inconformidad, ante los Tribunales Colegiados, pero corresponde a éstos calificarla y determinar si se adecua o no a ese precepto; sin embargo, al hacer ese examen, se considera insatisfecho lo dispuesto en el citado numeral, cuando el Tribunal Fiscal de la Federación, sólo aplica al caso concreto, el sentido gramatical de una norma. En cambio, interpreta la ley, si para tal efecto desentraña la voluntad del legislador, a fin de encontrar lo que quiso decir y no está plasmado; en cuyo caso estaría satisfecho el numeral en cita y sería procedente el recurso de revisión.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Revisión fiscal 24/93. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. 5 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretaria: Elizabeth Serrato Guisa.

No nos es ajeno el principio de motivación en la actuación judicial que erige la legitimación funcional más poderosa del tribunal:

Octava época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: V primera parte

Tesis: XCI/90

Página: 197

TESIS. LOS TRIBUNALES FEDERALES DEBEN REDACTARLAS EXPRESANDO EN ELLAS EL CRITERIO QUE SUSTENTEN Y LAS RAZONES QUE LO FUNDEN. La Constitución General de la República y la Ley de Amparo no contienen precepto que señale los lineamientos que los tribunales de la federación deben seguir en la formulación y redacción de las tesis que sustenten; sin embargo, tomando en cuenta su naturaleza intrínseca a saber, el establecimiento de un criterio jurídico con motivo de una situación concreta que se controvierte, a través de la interpretación o integración de la

ley, no es correcto que los órganos jurisdiccionales competentes para formularlas se limiten a expresar el criterio, de modo categórico y sin justificación alguna, lo que es propio de la función legislativa, sino que deben expresar en forma sintética las razones, contenidas con mayor amplitud en la ejecutoria relativa, que sirvieron de fundamento para llegar a esa conclusión.

Contradicción de tesis 8/90 entre las sustentadas por el Primer y el Tercer Tribunales Colegiados del Sexto Circuito. 25 de junio de 1990. Mayoría de tres votos. Disidente: Ignacio Magaña Cárdenas. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Sobre el papel moderno de la jurisprudencia se nos dice:

Octava época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: XI-marzo

Página: 303

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA. Es inexacto que al aplicarse la jurisprudencia fijada por la Cuarta Sala de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 de la Ley de Amparo, y formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de garantías, y que interpreta la ley que rige a dicho acto, se viole en perjuicio del quejoso el principio contenido en el artículo 14 constitucional en el sentido de prohibir la aplicación retroactiva de la ley, ya que la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente a la que está en vigor, sino sólo es la interpretación de la voluntad del legislador. La jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido de una norma preexistente. En consecuencia, si la jurisprudencia sólo es la interpretación de la ley que la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido, y que resulta obligatoria por ordenarlo así las disposiciones legales expresas, su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el juicio laboral del que dimana el acto reclamado en el juicio de garantías.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Revisión fiscal 36/91. Productos de Concreto de Poza Rica, S. de R. L. 16 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Véase: Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917- 1988, segunda parte, tesis 1063, pág. 1698.

Octava época

Instancia: Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: X-octubre

Página: 364

JURISPRUDENCIA. EL CONTENIDO, ALCANCE Y DETERMINACIÓN DEL SENTIDO DE LA NORMA EXISTENTE, SE FIJA CON LA. La jurisprudencia que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al procedimiento indicado en el artículo 192 de la Ley de Amparo, fija el contenido, alcance y determinación del sentido de la norma preexistente, para el efecto de que los juzgadores puedan aplicar esta última en forma debida y con criterio uniforme cuando resuelvan el fallo correspondiente y tiene fuerza obligatoria por disposición expresa de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales; por tanto, mediante función de tan gran importancia, es inexacto que dicho alto tribunal, convierta a los juzgadores en legisladores y creadores de nuevas normas.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3570/92. Constructora Urbajal, S.A. 6 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique R. García Vasco. Secretario: Rogelio Saldaña Hernández.

Octava época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: V primera parte

Tesis: XXXVIII/90

Página: 176

INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL. SE ESTABLECE SI EN LA SENTENCIA SE FIJA EL ALCANCE DE UN ASPECTO DEL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. Si en la sentencia pronunciada en amparo directo por un Tribunal Colegiado de Circuito se fija el alcance del artículo 14 constitucional, sosteniendo que la garantía de irretroactividad que el mismo consagra se refiere única y exclusivamente a la ley y no a la jurisprudencia, debe concluirse que con ello se establece la interpretación directa del precepto citado.

Recurso de reclamación en el amparo directo en revisión 3453/89. 12 de febrero de 1990. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Filiberto Méndez Gutiérrez.



### Séptima época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: VI, parte HO

Tesis: 1132

Página: 779

JURISPRUDENCIA. SISTEMAS DE FORMACIÓN. La jurisprudencia de la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, se establece a través de dos sistemas. El ordenado por el artículo 192 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales (reformado por decreto de veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, publicado en el *Diario Oficial* de dieciséis de enero de mil novecientos ochenta y cuatro), que preceptúa que lo resuelto en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario constituye jurisprudencia siempre y cuando hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros tratándose de jurisprudencia del Pleno o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas. El segundo sistema establece que se integra la jurisprudencia con la resolución que decide la denuncia de contradicción de tesis que sustenten las Salas que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o respecto de las tesis que sustenten los Tribunales Colegiados de Circuito, en este caso, no es indispensable que lo resuelto por el Pleno o las Salas de la honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, se sustente en cinco ejecutorias, no interrumpidas por otra en contrario, ya que únicamente se necesita para fijar la jurisprudencia un solo fallo que resuelva que hay contradicción de tesis y que decida cuál debe prevalecer, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece: que la resolución de las Salas o del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dilucide una denuncia de contradicción de tesis sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia sin afectar las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción. Jurisprudencia que además es obligatoria no sólo para los Tribunales Colegiados contendientes, sino para todos aquéllos que se encuentran previstos en el artículo 192 de la Ley de Amparo, siempre y cuando tratándose de tribunales del orden común la legislación local sea similar al punto de que se trata en la contradicción de tesis. No obsta en forma alguna el hecho de que la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, omita mencionar en la actualidad que la resolución del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dilucidan una denuncia de contradicción de tesis de Tribunales Colegiados constituye jurisprudencia, pues como ya se dijo la Constitución Federal sí lo establece.

Séptima época:

Contradicción de tesis. Varios 6/83. Entre las sustentadas por el Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito, con residencia en el Distrito Federal. 30 de mayo de 1984. Unanimidad de cuatro votos.

Novena época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: IX, marzo de 1999

Tesis: 2a. XXV/99

Página: 316

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. LA OBLIGATORIEDAD DE SU APLICACIÓN, AUN EN SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA, ESTÁ SUJETA A QUE EN EL CASO CONCRETO SEA PROCEDENTE SU APLICACIÓN. La obligatoriedad que el artículo 192 de la Ley de Amparo dispone en la aplicación de las jurisprudencias que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, y aun en suplencia de la deficiencia de la queja en los juicios de amparo cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por dichas jurisprudencias, conforme al artículo 76 bis, fracción I, de la Ley de Amparo, está supeditada a que en el caso concreto sea procedente su aplicación, hipótesis que no se presenta cuando la constitucionalidad de la ley no puede ser analizada en el juicio de amparo, como cuando el tema relativo no formó parte de la litis ante la responsable.

Amparo directo en revisión 2730/98. Roberto Cortés Rojano. 15 de enero de 1999. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Novena época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: VII, junio de 1998

Tesis: 2a. XC/98

Página: 152

INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN. NO SE ACTUALIZA LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA INVOCACIÓN DE UNA TESIS SUSTENTADA POR LA SUPREMA CORTE EN QUE SE REALICE DICHA INTERPRETACIÓN. La invocación de un criterio que haya sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en que establezca el significado y

alcance jurídico de algún precepto de la Constitución Federal, para apoyar los conceptos de violación de la demanda de garantías expresados por el quejoso, o bien los razonamientos de la sentencia dictada por el juzgador de amparo, no implica, en ninguno de los dos casos, la procedencia del recurso de revisión en contra de una sentencia dictada en amparo directo, pues en esta hipótesis no es el Tribunal Colegiado el que realiza esa interpretación, sino que simplemente acoge, como refuerzo de su sentencia, la establecida por la Suprema Corte, con lo que no se da la razón de la procedencia excepcional del recurso de revisión en amparo directo, a saber, que sea la Suprema Corte el órgano terminal que se pronuncie sobre la cuestión de constitucionalidad respecto de la que el Tribunal Colegiado de Circuito se ocupó de modo original.

Amparo directo en revisión 2909/97. Grupo Cultural ICEL, en pro de la educación en todos sus tipos y grados, S.C. 13 de mayo de 1998. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.

#### Novena época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: V, febrero de 1997

Tesis: VI.2o. J/90

Página: 678

TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUE NO CONSTITUYEN JURISPRUDENCIA, APLICADAS POR LOS TRIBUNALES JUDICIALES DEL ORDEN COMÚN. El que los tribunales de instancia invoquen una ejecutoria aislada de la Suprema Corte de Justicia para apoyar el sentido de su fallo, no implica contravención a lo preceptuado por el artículo 192 de la Ley de Amparo, en virtud de que lo que establece dicho dispositivo es que los tribunales del orden común de los estados deben someterse a la jurisprudencia obligatoria del alto tribunal, pero no prohíben orientar o basar un criterio en los precedentes de la propia Corte.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 42/90. Pascual Lima Romero. 13 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo en revisión 448/91. Compañía Arrocería Valencia, S.A. de C.V. 19 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Amparo directo 527/92. Mauro Vázquez Hernández y otra. 2 de diciembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Waldo Guerrero Lázcars.

Amparo directo 577/96. Inmobiliaria Bárcena Arreola, S.A. 21 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretaria: Hilda Tame Flores.

Amparo directo 741/96. Miguel Blancas Mejorada. 29 de enero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Justino Gallegos Escobar.

#### Novena época

Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: III, marzo de 1996

Tesis: VI.4o.1 K

Página: 964

JURISPRUDENCIA. ES LA CREACIÓN DE UNA NORMA GENERAL, PUEDE APLICARSE RETROACTIVAMENTE EN BENEFICIO DE ALGUNA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. Las entonces Primera y Cuarta Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establecieron las tesis jurisprudenciales números 1062 y 1063, consultables en las páginas 1695, 1696 y 1698, Segunda Parte, Salas y Tesis del Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1988, ambas con el rubro: “JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA, SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA”, en cuyo texto se sostiene que la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación de la ley, es decir, que la jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido de una norma positiva y que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el juicio del que emana el acto reclamado y que es inexacto que al aplicarse la jurisprudencia formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de garantías, y que interpreta la ley que rige a dicho acto, se viole en perjuicio del quejoso el principio contenido en el artículo 14 constitucional en el sentido de prohibir la aplicación retroactiva de la ley. Sin embargo, el entonces tribunal en pleno del más alto tribunal de la nación al resolver el amparo en revisión número 1711/88, fallado el veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, por unanimidad de veinte votos, sostuvo el criterio en torno a la naturaleza de la jurisprudencia que se opone al que informan las aludidas tesis jurisprudenciales de la Primera y Cuarta Salas, al sostener que el establecimiento de una jurisprudencia es la creación de una norma general y que esta norma general es la

que determina el carácter obligatorio del criterio sustentado, pues se trata de una norma positiva, ya que ha cumplido con los requisitos formales que la Ley de Amparo establece como proceso de creación de la norma jurisprudencial. En consecuencia si la jurisprudencia que establecen los órganos facultados del Poder Judicial de la Federación, es la creación de una norma general, es decir, una norma positiva, resulta ineludible el que deba equipararse a una ley y, por ende es lógico sostener que se encuentra condicionada por la garantía prevista en el primer párrafo del artículo 14 constitucional. En este sentido, si se aplica la jurisprudencia formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de amparo, época en la que existía distinta jurisprudencia, y que interpreta la ley que rige a dicho acto, tal aplicación sería retroactiva; empero, si por lo que hace a la ley, la doctrina y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia han admitido su aplicación retroactiva, cuando ésta se hace en beneficio de persona alguna, así también la jurisprudencia puede aplicarse retroactivamente si se hace dicha aplicación en beneficio y no en perjuicio de una persona, al tenor de lo que establece el invocado artículo 14 constitucional.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 346/95. Raúl Tecuapetla Tecuatl. 8 de diciembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Martínez Martínez. Secretaria: Leticia Mena Cardeña.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis número 5/97, pendiente de resolver en el Pleno.

Octava época

Instancia: Pleno

Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: 77, mayo de 1994

Tesis: P. XVI/94

Página: 38

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE. VALIDEZ DE LA SUSTENTADA RESPECTO DE TEMAS O CRITERIOS GENÉRICOS. El Pleno del más alto tribunal del país, en sesión privada celebrada el veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, acordó lo siguiente: "... en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede establecer jurisprudencia referida a temas o criterios genéricos, sin que sea necesario que en los cinco precedentes respectivos aparezcan las mismas autoridades, ni que se hayan reclamado el mismo precepto legal o la misma ley ...". Lo anterior evidencia que lo determinante para la integración de la jurisprudencia de la Suprema Corte, es el criterio sostenido en las cinco ejecutorias correspondientes no interrumpidas por otra en

contrario, razón por la cual en el caso de que se trate de la misma disposición reclamada, aun cuando la vigencia de las leyes, el número de los artículos y/o el número de los párrafos en cuestión varíen, puede válidamente constituirse jurisprudencia en el tema común a todos y cada uno de ellos.

Amparo en revisión 1259/92. Rodolfo Rodríguez Gaspar. 8 de febrero de 1994. Unanimidad de veintiún votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Jorge Higuera Corona.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecinueve de abril en curso, por unanimidad de diecinueve votos de los señores ministros presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, Ignacio Magaña Cárdenas, Miguel Ángel García Domínguez, Carlos Sempé Minvielle, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número XVI/94, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. El señor ministro Miguel Ángel García Domínguez integró el Pleno en términos de lo dispuesto en el artículo tercero de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y en virtud del Acuerdo Plenario de cinco de abril del año en curso. Ausente: Noé Castañón León. México, Distrito Federal, a veintidós de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

Octava época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: IX-enero

Tesis: P. XXVIII/92

Página: 34

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. NO TIENE NECESARIAMENTE QUE PERMANECER INALTERABLE. De lo dispuesto por el artículo sexto transitorio de la reforma de veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete a la Ley de Amparo, que entró en vigor el quince de enero de mil novecientos ochenta y ocho, se desprende que los Tribunales Colegiados de Circuito pueden interrumpir y modificar la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta esta última fecha, en las materias cuyo conocimiento les corresponda. Por otra parte, de lo previsto por el artículo 197, párrafo cuarto, de la Ley de Amparo, se deriva que por lo que hace a la jurisprudencia establecida por

este alto tribunal funcionando en Pleno o en Salas, con posterioridad a la fecha últimamente citada, podrá reexaminarse cuando se formule la solicitud de modificación correspondiente por los órganos judiciales o funcionarios a que alude. De ahí que, deba sostenerse que mediante la facultad que en favor de los Tribunales Colegiados establece el citado artículo transitorio y del procedimiento referido en el mencionado artículo 197, párrafo cuarto, de la Ley de Amparo, se conserva el dinamismo en todas las tesis de jurisprudencia de esta Suprema Corte, por lo que las mismas no tienen, necesariamente, que permanecer inalterables.

Contradicción de tesis 25/90 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. 14 de noviembre de 1991. El proyecto se aprobó por unanimidad de quince votos de los señores ministros presidente Schmill Ordóñez, de Silva Nava, Magaña Cárdenas, Lanz Cárdenas, Alba Leyva, López Contreras, Fernández Doblado, Llanos Duarte, Cal y Mayor Gutiérrez, Gil de Lester, Villagordoa Lozano, Moreno Flores, García Vázquez, Azuela Güitrón y Chapital Gutiérrez. Ausentes: Castañón León, Adato Green, Rodríguez Roldán, González Martínez y Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Diógenes Cruz Figueroa.

Tesis número XXVIII/92 aprobada por el Tribunal en Pleno en sesión privada celebrada el miércoles ocho de enero de mil novecientos noventa y dos. Unanimidad de diecinueve votos de los señores ministros presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, Ignacio Magaña Cárdenas, José Trinidad Lanz Cárdenas, Samuel Alba Leyva, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Victoria Adato Green, Santiago Rodríguez Roldán, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Ausente: Noé Castañón León. México, Distrito Federal, a trece de enero de mil novecientos noventa y dos.

Nota: Esta tesis también aparece publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 49, enero de 1992, página 92.

Octava época

Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: VIII-noviembre

Tesis: I.3o.C. J/22

Página: 121

JURISPRUDENCIA. SU VARIACIÓN Y APLICACIÓN INMEDIATA NO IMPLICA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IRRETROACTIVIDAD. Con la aplicación inmediata de una nueva jurisprudencia no se viola en perjuicio de la quejosa el principio jurídico de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación correcta de la ley, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así el artículo 192 de la Ley de Amparo; la nueva jurisprudencia no constituye una nueva ley abrogatoria o derogatoria de otra anterior, sino sólo la unificación de determinación del verdadero sentir de la ley, que no se modifica por el hecho de desentrañar su contenido con precisión y certeza; por lo que debe aplicarse inmediatamente a los casos a que la misma jurisprudencia se refiera.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 939/91. María de los Ángeles Gómez Hernández, Su Sucesión. 14 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Francisco Sánchez Planells.

Amparo directo 1155/91. Vicente Rodríguez Revilla, Su Sucesión. 20 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique Ramírez Gámez.

Amparo directo 1227/91. Gloria del Consuelo Hernández Trejo. 26 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Vicente C. Banderas Trigo.

Amparo directo 2301/91. Antonio Domínguez Cabello. 9 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Francisco Sánchez Planells.

Amparo directo 4917/91. Domitila Jaimes Viuda de Galván. 26 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique Ramírez Gámez.

Nota: Esta tesis también aparece publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 47, diciembre de 1991, página 73.

Esta tesis también aparece en el Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1995, tomo VI, Materia Común, segunda parte, tesis 868, página 594.

Octava época

Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*



Tomo: VIII-noviembre

Página: 324

TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, FINALIDAD DE LAS. Las tesis emitidas por el Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como por los Tribunales Colegiados de Circuito, no persiguen la creación de nuevas normas, ya que esta facultad es atributo exclusivo del Congreso de la Unión. El conjunto de sentencias dictadas en sentido concordante acerca de una determinada materia, se traduce en la uniformidad en el criterio con el que en la práctica son resueltos los casos análogos por los tribunales judiciales, pues es conveniente informar las decisiones a fin de mantener dentro de lineamientos generales, un orden interpretativo, sujeto al criterio definido por la Suprema Corte de justicia de la Nación.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión fiscal 674/91. Primer Subprocurador Fiscal de la Federación. 8 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretario: Oscar Germán Cendejas Gleason.

Octava época

Instancia: Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: III segunda parte-1

Página: 432

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, OBLIGATORIEDAD DE LA. Si la Suprema Corte de Justicia establece jurisprudencia interpretativa de determinada disposición legal de un estado de la República, tal jurisprudencia es obligatoria no sólo en casos de aplicación de esa disposición, sino en todos aquéllos en los cuales, aun debiendo aplicarse la legislación de otro estado, tal legislación contenga disposiciones idénticas a las que fueron materia de interpretación en la jurisprudencia. Lógicamente, si en otro estado no existen disposiciones idénticas a la interpretada en la jurisprudencia, o aún más, están vigentes unas que le sean contrarias, la jurisprudencia no debe ser aplicada a casos sujetos a estas disposiciones.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 97/89. Miguel Haddad Haddad. 30 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores.

Ya hemos establecido que la justicia en tanto determinante del derecho, valor superior del Estado y manifestación clara de la estimativa jurídica, se resuelve en el Poder Judicial conforme a criterios formales, en observancia puntual a la norma suprema y el orden jurídico plenario, y a criterios materiales que asumen la realidad axiológica y sociopolítica que entorna al juzgador. El Poder Judicial, gozando de plena autonomía, titular del *ius dicere*, único capaz entre los poderes del dominio público de interpretar el derecho, crea una unidad conceptual e institucional, pero que en su ejercicio no se integra por un solo órgano, sino por una multiplicidad de protagonistas: jueces y tribunales. Cada uno de ellos está investido de independencia de criterio, está fundado en una razonable confianza y es dueño de sus propios juicios de valor al resolver. Por tanto, es posible que en el universo o cúmulo de sentencias se presenten contradicciones en la visión de la norma y de los elementos fácticos de los casos estimados como circunstancias iguales. Ante ello, los superiores jerárquicos del propio poder han de conciliar dichas diferencias en la estimativa jurídica, a fin de brindarle no sólo fijeza y unidad a la función, sino para lograr seguridad jurídica, certeza e igualdad en el trato a los justiciables. Por esto se hace necesario vaciar distintas tesis aisladas y jurisprudencia en torno a la cuestión de la contradicción interpretativa.

Novena época

Instancia: Primera Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: VI, diciembre de 1997

Tesis: 1a./J. 47/97

Página: 241

CONTRADICCIÓN DE TESIS. SU NATURALEZA JURÍDICA. El artículo 197-A de la Ley de Amparo dispone que: “Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el procurador general de la República, los mencionados tribunales o los magistrados que los integren, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, la que decidirá cuál tesis debe prevalecer... La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias contradictorias...”. La fracción VIII, último párrafo y la fracción IX del artículo 107 constitucional establecen, como regla general, la inimpug-

nabilidad de las resoluciones que en materia de amparo pronuncien los Tribunales Colegiados y, como caso de excepción, en los supuestos que la propia Constitución y la ley relativa establecen. Consecuentemente, la contradicción de tesis no constituye un recurso de aclaración de sentencia ni de revisión, sino una forma o sistema de integración de jurisprudencia, cuya finalidad es preservar la unidad de interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional, decidiendo los criterios que deben prevalecer cuando existe oposición entre los que sustenten los mencionados órganos jurisdiccionales en torno a un mismo problema legal, sin que se afecten las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen emitido dichos criterios.

Contradicción de tesis 5/92 entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Quinto, Segundo y Cuarto, todos en Materia Civil del Primer Circuito. 1o. de febrero de 1993. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Trinidad Lanz Cárdenas. Secretario: Arturo García Torres.

Contradicción de tesis 13/96 entre las sustentadas por el Cuarto y Octavo Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito. 18 de septiembre de 1996. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Luis Ignacio Rosas González.

Contradicción de tesis 2/96 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 4 de junio de 1997. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo.

Contradicción de tesis 86/96 entre las sustentadas por el Segundo, Cuarto y Tercer Tribunales Colegiados, todos en Materia Penal del Primer Circuito. 4 de junio de 1997. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: María del Socorro Olivares Dobarganes.

Contradicción de tesis 56/96 entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. 17 de septiembre de 1997. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Sergio A. Alvarado Puente.

Tesis de jurisprudencia 47/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de cinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo, previo aviso a la presidencia.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: IV, agosto de 1996

Tesis: P. XCV/96

Página: 64

LEYES. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS, NO SE ESTABLECE POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL RESOLVER UNA CONTRADICCIÓN DE TESIS. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 19/91, que se publicó en la página 15, *Gaceta* 60, del *Semanario Judicial de la Federación*, al examinar la aplicación del artículo 242 del Código Fiscal de la Federación, sostuvo que el recurso de reclamación sólo procede contra las resoluciones del magistrado instructor que desechan una demanda de nulidad. Por tanto, si un Tribunal Colegiado sostiene que el recurso de reclamación también procede contra los acuerdos que la tienen por no presentada, no implica que exista desacato a la jurisprudencia surgida de la mencionada contradicción de tesis, siempre y cuando haya examinado planteamientos de inconstitucionalidad, pues, de no existir, los Tribunales Colegiados están obligados a acatar la jurisprudencia que resolvió exclusivamente sobre el alcance de la norma y no sobre la constitucionalidad de la ley.

Amparo en revisión 1471/94. Establecimientos Emeur, S.A. de C.V. 27 de febrero de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Sergio E. Alvarado Puente.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de julio en curso, aprobó, con el número XCV/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a once de julio de mil novecientos noventa y seis.

Novena época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: III, enero de 1996

Tesis: VI.2o. J/38

Página: 151

JURISPRUDENCIA. LA CONSTITUYE UNA RESOLUCIÓN DICTADA EN DENUNCIA DE CONTRADICCIÓN DE TESIS. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 107, fracción XIII, párrafos primero y tercero de la Constitución General de la República y 195 bis de la Ley de Amparo, la denuncia de contradicción de tesis tiene por objeto establecer el criterio que debe prevalecer y fijar la jurisprudencia. En consecuencia, las resoluciones

que pronuncian las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las denuncias de contradicción de tesis, constituyen jurisprudencia, aunque las tesis denunciadas no tengan ese carácter.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Revisión fiscal 36/91. Productos de Concreto de Poza Rica, S. de R.L. 16 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Amparo en revisión 21/92. José Ávila Martínez. 29 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo directo 282/95. Guillermo Peniche Suárez. 21 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Amparo directo 22/95. Julio César Padrón Alcocer. 28 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Víctor Ruiz Contreras.

Amparo directo 538/95. Derivados de Frutas Puebla, S.A. de C.V. 22 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Véase: Tesis P. L/94 publicada en las páginas 35 y 36 de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 83, noviembre de 1994.

Octava época

Instancia: Pleno

Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: 71, noviembre de 1993

Tesis: P. LXXII/93

Página: 42

SENTENCIAS. LA CONTRADICCIÓN ENTRE LOS CRITERIOS SUSTENTADOS EN ELLAS POR LOS JUECES DE DISTRITO NO IMPLICA SU ILEGALIDAD. Los jueces de Distrito tienen libertad de criterio en la resolución de los casos que les corresponde conocer, dentro de los límites y bajo las reglas que consignan nuestra Constitución Federal y la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, salvo en las materias en que ya existe jurisprudencia obligatoria para ellos en términos de lo dispuesto en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, casos en los cuales estarán obligados a acatar el criterio que en la misma se sustente e, inclusive, a aplicarla en suplencia de la queja cuando se declare la inconstitucionalidad de una ley por la Suprema Corte de Justicia. Por ello, las sentencias que dicten los jueces de Distrito pueden ser contradictorias, ya que es consecuencia lógica de la libertad de criterio en el análisis jurídico

de que los jueces gozan, sin que esto signifique que los particulares estén indefensos ante ello, o que se afecte su seguridad jurídica, pues cuentan con el recurso de revisión en el que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia determinará cuál es el criterio válido en torno a la constitucionalidad de la ley reclamada y, al establecerse jurisprudencia, las Salas de la misma la aplicarán en la resolución de los recursos relativos. Por lo tanto, la contradicción en los criterios sustentados en las sentencias que en amparo contra leyes pronuncien los jueces de Distrito no determina la ilegalidad de unas u otras.

Amparo en revisión 110/93. Grupo Comercial Castillo, S.A. de C.V. y coagraviados. 2 de septiembre de 1993. Mayoría de quince votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el jueves cuatro de noviembre en curso, por unanimidad de diecisiete votos de los señores ministros presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón y Juan Díaz Romero: aprobó, con el número LXXII/93, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez y Atanasio González Martínez. México, Distrito Federal, a ocho de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

#### Octava época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: VII-mayo

Tesis: 3a. LXXVI/91

Página: 38

CONTRADICCIÓN DE TESIS. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN QUE RECAE A UNA CONTRADICCIÓN ENTRE LAS TESIS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. El artículo 197-A de la Ley de Amparo dispone el trámite para la denuncia y resolución de una contradicción de tesis en los juicios de amparo de la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, estableciendo expresamente que: “La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado

las sentencias contradictorias”. La finalidad de esta disposición legal es la de preservar la unidad de interpretación de las normas que integran el orden jurídico nacional, y no la de constituir una instancia más para el caso concreto, pues por mandato del último párrafo de la fracción VIII y la fracción IX del artículo 107 constitucional, las resoluciones que en materia de amparo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, no admiten recurso alguno, salvo en el caso excepcional de que en amparo directo decidan sobre la constitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución. Por tanto, no puede pretenderse que, con motivo de la denuncia y resolución de tesis contradictorias sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, se haga declaratoria alguna respecto a cuál de las resoluciones debe prevalecer, pues la materia de esta clase de fallos sólo consiste en determinar cuál es la tesis que debe regir en el futuro con fuerza de jurisprudencia, en los términos del último párrafo del artículo 192 de la Ley de Amparo, dejando en sus términos las sentencias de amparo en cuanto a la solución sobre los intereses jurídicos en conflicto.

Contradicción de tesis 15/89 entre las sustentadas por Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 8 de abril de 1991. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Salvador Rocha Díaz. Secretaria: Xóchitl Guido Guzmán.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: VIII, septiembre de 1998

Tesis: P. LXI/98

Página: 55

CONTRADICCIÓN DE TESIS. ES PROCEDENTE A PESAR DE QUE LOS CRITERIOS DIVERGENTES HAYAN SIDO SUSTENTADOS EN JUICIOS DE AMPARO DIRECTO RESPECTO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. A pesar de que las tesis que los Tribunales Colegiados de Circuito emiten respecto de la constitucionalidad de leyes examinadas en los juicios de amparo directo, constituyen tesis que no son aptas para integrar jurisprudencia, ante la existencia de una divergencia de criterios, no sólo es procedente sino recomendable la denuncia de contradicción de tesis ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación a efecto de que ésta se ocupe de resolver la discrepancia y restaurar la seguridad jurídica motivada por la existencia de criterios jurídicos diversos sobre un mismo punto de derecho, cuya obtención es uno de los propósitos fundamentales de la instauración del sistema de contradicción de tesis.

Contradicción de tesis 2/97 entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. 29 de junio de 1998. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el seis de agosto en curso, aprobó, con el número LXI/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a seis de agosto de mil novecientos noventa y ocho.

Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia pues no contiene el tema de fondo que se resolvió.

Parte de la manifestación de las potestades jurisdiccionales cabe en la valoración de pruebas, en la que ciertamente privan los criterios individualizados y axiológicos de cada juzgador, más allá de reglas de tasación o ponderación vigentes.

#### Quinta época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: IV, parte SCJN

Tesis: 333

Página: 224

PRUEBAS, APRECIACION DE LAS, POR AUTORIDAD JUDICIAL. Tratándose de la facultad de los jueces para la apreciación de las pruebas, la legislación mexicana adopta el sistema mixto de valoración, pues si bien concede arbitrio judicial al juzgador, para la apreciación de ciertas pruebas (testimonial, pericial o presuntiva), ese arbitrio no es absoluto, sino restringido por determinadas reglas basadas en los principios de la lógica, de las cuales no debe separarse, pues al hacerlo, su apreciación, aunque no infrinja directamente la ley, sí viola los principios lógicos en que descansa, y dicha violación puede dar materia al examen constitucional.

#### Quinta época:

Amparo civil directo 4510/36. Freytag Gallardo Guillermo. 3 de marzo de 1938. Cinco votos.

Amparo administrativo directo 3804/39. Compañía Mexicana de Phonofilm de Forest, S. A. 17 de noviembre de 1940. Cinco votos.

Amparo civil directo 7486/40. Casarín W. Alfredo. 7 de febrero de 1941. Cinco votos.

Amparo civil directo 4312/40. Moreno Ayala José, suc. de y coags. 11 de agosto de 1941. Unanimidad de cuatro votos.



Amparo civil en revisión 6233/40. Vicencio Juan, suc. de. 12 de enero de 1942. Cinco votos.

Nota: Esta tesis también aparece publicada con el rubro “PRUEBAS, APRECIACIÓN DE LAS” en los Apéndices al *Semanario Judicial de la Federación* siguientes: 1917-1965, sexta parte, sección común, tesis 143, pág. 265; 1917-1975, octava parte, sección común, tesis 141, pág. 247; 1917-1985, cuarta parte, Tercera Sala, tesis 242, pág. 675; y 1917-1988, segunda parte, tesis 1490, pág. 2366.

Los datos que se señalan para los Apéndices al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1965 y 1917-1975 corresponden a la cuarta parte, Tercera Sala; y para el Apéndice 1917-1985 corresponden a la octava parte, sección común. En los Apéndices 1965 y 1975 se publicó con el rubro “PRUEBAS, APRECIACIÓN DE LAS”.

Con relación al principio de jerarquía normativa el Poder Judicial ha dicho:

Octava época

Instancia: Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: IV segunda parte-2

Página: 777

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. PRINCIPIO DE. Por efecto del enunciado principio de supremacía constitucional, si ya transcurrió el término que señala el artículo 20 fracción VIII de la Constitución Federal para que un reo sea juzgado, no es válido alegar en contra de lo dispuesto por ese precepto fundamental, lo que establece el artículo 281 del Código de Procedimientos Penales de Jalisco, que manda reservar los autos hasta que se resuelva la apelación pendiente que haya sido interpuesta en contra del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, por lo que debe confirmarse la sentencia del a quo en la que se concedió la protección constitucional a fin de que previo cumplimiento de los requisitos esenciales del procedimiento, se dicte la sentencia que corresponde.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 54/89. Juan Cárdenas Bejines. 14 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: J. Guadalupe Torres Morales. Secretaria: Bertha Edith Quiles Arias.

Quinta época

Instancia: Pleno

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: I, parte SCJN

Tesis: 302

Página: 282

RETROACTIVIDAD DE LA LEY, PRECEPTOS CONSTITUCIONALES NO SON IMPUGNABLES POR. Las leyes retroactivas, o las dicta el legislador común o las expide el Constituyente al establecer los preceptos del código político. En el primer caso, no se les podrá dar efecto retroactivo, en perjuicio de alguien, porque lo prohíbe la Constitución; en el segundo, deberán aplicarse retroactivamente, a pesar del artículo 14 constitucional, y sin que ello importe violación de garantía individual alguna. En la aplicación de los preceptos constitucionales hay que procurar armonizarlos, y si resultan unos en oposición con otros, hay que considerar los especiales como excepción de aquéllos que establecen principios o reglas generales. El legislador constituyente, en uso de sus facultades amplísimas, pudo, por altas razones políticas, sociales o de interés general, establecer casos de excepción al principio de no retroactividad, y cuando así haya procedido, tales preceptos deberán aplicarse retroactivamente. Para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial.

Quinta época:

Tomo IX, pág. 432. Amparo en revisión. The Texas Company of Mexico, S. A. 30 de agosto de 1921. Unanimidad de once votos.

Amparo en revisión 667/20. International Petroleum Company. 8 de mayo de 1922. Mayoría de nueve votos.

Amparo en revisión 7/19. International Petroleum Company. 10 de mayo de 1922. Mayoría de nueve votos.

Amparo en revisión 437/20. Tamiahua Petroleum Company. 12 de mayo de 1922. Mayoría de nueve votos.

Amparo en revisión 452/20. Tamiahua Petroleum Company. 12 de mayo de 1922. Mayoría de nueve votos.

Nota: En los Apéndices al *Semanario Judicial de la Federación* correspondiente a los tomos de quinta época, y en los Apéndices 1917-1954, 1917-1965 y 1917-1975, la tesis aparece publicada con el rubro: "RETROACTIVIDAD DE LA LEY".

En el último precedente la página del tomo X se publica como 1190 en los diversos Apéndices del *Semanario Judicial de la Federación*.

Octava época

Instancia: Pleno

Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: 60, diciembre de 1992

Tesis: P. C/92

Página: 27

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.

Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecisiete de noviembre en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número C/92, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, a dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Octava época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: V primera parte

Tesis: XXXIX/90

Página: 17

CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA 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 ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece.

Amparo en revisión 2083/88. Carlos Mejía Melgoza. 7 de febrero de 1990. Unanimidad de veinte votos de los señores ministros: de Silva Nava, Magaña Cárdenas, Alba Leyva, Azuela Güitrón, Castañón León, López Contreras, Fernández Doblado, Pavón Vasconcelos, Adato Green, Rodríguez Roldán, Martínez Delgado, Carpizo Mac Gregor, González Martínez, Villagordoa Lozano, Moreno Flores, García Vázquez, Chapital Gutiérrez, Díaz Romero, Schmill Ordóñez y presidente del Río Rodríguez. Ausente: Rocha Díaz. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Carlos Ronzón Sevilla.

Amparo en revisión 8165/62. Salvador Piña Mendoza. 22 de marzo de 1972. Unanimidad de dieciséis votos de los señores ministros: Rebolledo, Jiménez Castro, Rivera Silva, Burguete, Huitrón, Rojina Villegas, Saracho Álvarez, Martínez Ulloa, Solís López, Canedo, Salmorán de Tamayo, Yáñez, Guerrero Martínez, Mondragón Guerra, Aguilar Álvarez y presidente Guzmán Neyra. Ausentes: Euquerio Guerrero, Mariano Azuela, Mariano Ramírez Vázquez, Carlos del Río Rodríguez y Jorge Iñárritu. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Secretario: Guillermo Baltazar Alvear.

Séptima época, volumen 39, primera parte, página 22.

Tesis XXXIX/90, aprobada por el Tribunal en Pleno en sesión privada celebrada el jueves diecisiete de mayo de mil novecientos noventa. Unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros: presidente en funciones González Martínez, Magaña Cárdenas, Rocha Díaz, Azuela Güitrón, Alba Leyva, Castañón León, López Contreras, Pavón Vasconcelos, Adato Green, Rodríguez Roldán, Martínez Delgado, Carpizo Mac Gregor, Villagordoa Lozano, Moreno Flores, García Vázquez Chapital Gutiérrez, Díaz Romero y Schmill Ordóñez. Ausentes: presidente del Río Rodríguez, de Silva Nava y Fernández Doblado. México, Distrito Federal a diecisiete de mayo de 1990.

Nota: Esta tesis también aparece publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 33, septiembre de 1990, pág. 71.

Octava época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: I, parte SCJN

Tesis: 186

Página: 185

LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN. El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece ninguna relación de jerarquía entre las legislaciones federal y local, sino que en el caso de una aparente contradicción entre las legislaciones mencionadas, ésta se debe resolver atendiendo a qué órgano es competente para expedir esa ley de acuerdo con el sistema de competencia que la norma fundamental establece en su artículo 124. Esta interpretación se refuerza con los artículos 16 y 103 de la propia Constitución, el primero al señalar que la actuación por autoridad competente es una garantía individual, y el segundo, al establecer la procedencia del juicio de amparo si la autoridad local o federal actúa más allá de su competencia constitucional.

Octava época:

Amparo en revisión 1838/89. Bufete Jurídico Fiscal, S. A. de C. V. y otros. 14 de mayo de 1990. Cinco votos.

Amparo en revisión 3776/89. Carracedo Alimentos, S. A. de C. V. 18 de junio de 1990. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 252/90. Direvex, S. A. de C. V. 18 de junio de 1990. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 2118/89. Constructora Copán, S. A. de C. V. 6 de agosto de 1990. Cinco votos.

Amparo en revisión 2010/90. Sales del Bajío, S. A. de C. V. 13 de agosto de 1990. Cinco votos.

Nota: Tesis 3a./J.10/91, *Gaceta*, número 39, pág. 47; *Semanario Judicial de la Federación*, tomo VII-marzo, pág. 56.

Octava época

Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: I segunda parte-1

Página: 394

LEYES, PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA (DE LAS), ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. No es correcta la apreciación de que una ley reglamentaria de algún precepto constitucional, como lo es la Ley del Seguro Social, sea, por naturaleza propia, jerárquicamente superior a otros ordenamientos generales, como también lo son las leyes orgá-

nicas, las leyes ordinarias o códigos de materias específicas, y para demostrar lo ineficaz de tales argumentaciones, es conveniente precisar que la relación de subordinación que puede existir entre dos cuerpos normativos generales resulta, como consecuencia lógica, de la posibilidad de creación con que cuente cada uno de ellos, así, la norma que prevé y determina en sus disposiciones la creación de otra, es superior a esta última; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquél cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, una dispersión de ordenamientos anárquicamente subordinados entre sí, y a gusto de los gobernantes, sino que es indudablemente, una verdadera jerarquía que se integra con base en diversos niveles. La unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de las de grado más bajo, se encuentra determinada por otras de nivel superior, cuya creación es prevista a su vez, por otra todavía más alta, hasta llegar a la norma primaria o fundamental que representa, siempre, la suprema razón de validez de todo orden jurídico. Las normas generales creadas por órganos legislativos constituidos, representan un nivel inmediatamente inferior al de la Constitución de la República en el orden jerárquico del derecho. Esa es precisamente la intención del constituyente manifiestamente expresada en el texto del artículo 133 constitucional, al señalar específicamente la frase "...las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella..." así, tales ordenamientos guardan, frente a la misma, una distancia de subordinación natural, lo cual no acontece como regla general, entre las distintas especies de leyes creadas por el Congreso de la Unión pues para que eso existiera sería menester, como sucede en el caso de la norma fundamental, que una ley secundaria determinara en su articulado, la creación de otro ordenamiento, cualquiera que sea su denominación (ley orgánica, ley ordinaria, ley reglamentaria o código), para estar entonces en la posibilidad de hablar de una verdadera relación jerárquica de superior a inferior entre dos distintos tipos de cuerpos normativos generales, situación que no acontece en el caso de la Ley del Seguro Social que no contiene, en sus disposiciones, previsión expresa respecto de la creación de la Ley Aduanera, razón por la cual, sin importar que una sea ley reglamentaria y otra ley ordinaria no existe condición alguna de subordinación que las relacione, guardando entera independencia entre sí, y compartiendo su mismo nivel jerárquico, respecto del orden normativo del que han emanado. En otras palabras, en observancia del principio instituido por el constituyente en el texto del artículo 133 de la carta magna, y toda vez que no ha sido la Ley del Seguro Social la razón de creación, ni tampoco dispuso el origen de la Ley Aduanera, su igualdad jerárquica es evidente, sin ser posible, válidamente hablando, pretender subordinar una a la otra por el solo

acontecimiento de que la primera, Ley del Seguro Social, reglamente específicamente una fracción del apartado A del artículo 123 constitucional, y la otra sólo regula una determinada materia, como lo es en el caso, la Ley Aduanera.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 233/88. Instituto Mexicano del Seguro Social. lo. de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Alberto Pérez Dayán.

Respecto al problema de la inconstitucionalidad de las leyes, la jurisprudencia se ha pronunciado en los siguientes sentidos:

Quinta época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: I, parte HO

Tesis: 342

Página: 318

AMPARO CONTRA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. Cuando se ataca directamente la constitucionalidad de una ley, y sólo indirectamente su aplicación, no es necesario agotar previamente los recursos señalados por la ley del acto, para venir al amparo, suponiendo que los hubiese, puesto que no son las autoridades comunes a quienes compete resolver si una ley o reglamento son o no contrarios a la Constitución de la República, sino directamente a la justicia federal.

Quinta época:

Amparo en revisión 1157/25. “Arbukle Brothers”. 3 de mayo de 1934. Cinco votos.

Amparo en revisión 4079/27. Cía. Transcontinental de Petróleo. 12 de marzo de 1935. Cinco votos.

Amparo en revisión 5095/34. Minvielle Carlos. 11 de abril de 1935. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 3323/31. Núñez de Quintana María. 1o. de agosto de 1935. Cinco votos.

Amparo en revisión 2255/36. Ruiz Manuel. 12 de junio de 1936. Unanimidad de cuatro votos.

Nota: Tesis 27, Apéndice al tomo L, primera, pág. 38.

Novena época

Instancia: Primera Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: IX, febrero de 1999

Tesis: 1a. V/99

Página: 115

AMPARO CONTRA LEYES. CASO EN QUE DEBE ESTIMARSE CONSENTIDO EL ACTO DE APLICACIÓN. Cuando el amparo se promueve contra una ley heteroaplicativa, a partir del que se considera el primer acto de aplicación en perjuicio del particular; se debe estimar el acto consentido y, en consecuencia, sobreseer en el juicio, si el quejoso dejó transcurrir más de quince días entre la fecha en que tuvo conocimiento del acto y la en que se dirigió a la autoridad administrativa solicitándole aclarara los fundamentos legales en que se apoyó; pues de lo contrario quedaría al arbitrio del particular el determinar la oportunidad en la promoción del juicio, ya que en cualquier tiempo podría solicitar a la autoridad que aclare su resolución, reviviendo con ello un periodo de tiempo que había dejado transcurrir; lo que no es lógico ni jurídico.

Amparo en revisión 1233/98. William John Mylrea. 13 de enero de 1999. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco.

Ahora revisemos algunas tesis en materia de control de la constitucionalidad y sus manifestaciones jurídicas:

Octava época

Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: III segunda parte-1

Página: 228

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. Del artículo 133 de la carta magna, se deriva el principio de supremacía constitucional, según el cual una norma secundaria contraria a la ley suprema, no tiene posibilidad de existencia dentro del orden jurídico. Asimismo, se desprende de dicho numeral, el llamado control difuso del código político que implica el que todo juzgador, federal o local, tiene el indeclinable deber de preferir la ley de leyes a cualquier otra aplicación de normas secundarias que la contraríen; es decir, toda vez que la Constitución es la ley suprema, ningún precepto puede contradecirla y como a los juzgadores les corresponde interpretar las leyes para decir el derecho, a la luz de ese numeral cimero, éstos tienen el inexcusable deber de juzgar de conformidad o inconformidad de la ley secundaria con la fundamental, para aplicar o



no aquélla, según que al código político le sea o no contraria. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes no ha sido aceptado por la doctrina jurisprudencial. Los Tribunales de Amparo se han orientado por sostener que, en nuestro régimen de derecho debe estarse al sistema de competencias que nos rige, según el cual sólo el Poder Judicial de la Federación puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad y no tiene intervención alguna la justicia local en la defensa jurisdiccional de la Constitución aun en el caso del artículo 133 de la misma, en relación con el 128 del propio ordenamiento, que impone a los juzgadores la obligación de preferir a la Ley Suprema, cuando la ley del estado o local la contraría, ya que, de acuerdo con los artículos 103 de la ley suprema y primero de la Ley de Amparo, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, es de la competencia exclusiva de los Tribunales Federales de Amparo, y los tribunales locales carecen en absoluto de competencia para decidir controversias suscitadas con ese motivo. Ahora bien, aun cuando el Tribunal Fiscal de la Federación, no sea un tribunal local; sin embargo, también carece de competencia para decidir sobre cuestiones constitucionales, ya que es un tribunal sólo de legalidad, en los términos del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, por lo que, de conformidad con el artículo 104 del precepto cimero, sólo compete al Poder Judicial Federal juzgar de las controversias que surjan contra los actos de los demás Poderes de la Unión y si bien el mismo precepto prevé la existencia de Tribunales Administrativos, pero cuyas resoluciones o sentencias pueden ser revisadas, en último extremo, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, iría contra la división de poderes que establece el artículo 49 constitucional, que el Tribunal de Anulación en México tuviese competencia para conocer de la constitucionalidad de una ley expedida por el Poder Legislativo, ya que el Poder Ejecutivo, a través de “su tribunal”, estaría juzgando actos emitidos por el Poder Legislativo. En estas condiciones, no le asiste razón a la quejosa en el sentido de que, en los términos del artículo 133 multicitado, el Tribunal Contencioso Administrativo debió examinar el concepto de nulidad donde planteaba el argumento relativo a la “ineficacia” de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal por carecer del refrendo de los secretarios de Estado, a que se refiere el artículo 92 de la carta magna ya que el Tribunal Fiscal carece de competencia para pronunciarse sobre tales cuestionamientos porque el argumento de mérito no es, en absoluto, de contenido meramente legal, aun cuando el requisito del refrendo también se encuentre contemplado en una ley ordinaria, sino que alude a la constitucionalidad de dicha ley, pues si se sostuviera que la misma es “ineficaz” por carecer del refrendo, como pretende la quejosa, la consecuencia sería su no

aplicabilidad en el caso concreto por ser contraria a la Ley Suprema, cuestionamiento que, lógicamente, es de naturaleza constitucional, sobre el cual el Tribunal Contencioso Administrativo no puede pronunciarse.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1157/85. Offset e Impresos, S. A. 14 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: María Guadalupe Saucedo Zavala.

Octava época

Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: VI segunda parte-1

Página: 55

AMPARO DIRECTO. ES PROCEDENTE CONTRA LAS RESOLUCIONES QUE PONEN FIN AL JUICIO. Conforme al artículo 107 de la Constitución general del país, fracción V, si bien es verdad que el inciso c), referido a los juicios del orden civil en los cuales se comprenden los del orden mercantil, sólo alude a “sentencias definitivas”, contra las cuales procede el amparo directo. Sin embargo, lo cierto es que esta vía es procedente también para promover el amparo contra las resoluciones dictadas en juicios civiles o mercantiles, que ponen fin al juicio, pues así se debe concluir de acuerdo a una interpretación íntegra y sistemática de la fracción V, del 107 constitucional, y de los artículos 44 y 158 de la Ley de Amparo. Efectivamente, cabe destacar en primer término, que la mencionada fracción V en su primer párrafo dispone en términos generales y de manera expresa que el amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio, se pedirá ante el Tribunal Colegiado de Circuito, es decir, que establece la procedencia de esa vía para impugnar la legalidad de ambas clases de resoluciones (sentencias definitivas o las que dan por terminado el juicio), no obstante que en el inciso c) sólo se mencionen las sentencias definitivas, ya que, por otro lado, el artículo 44 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales corrobora este punto de vista al establecer que: “el amparo contra sentencias definitivas o laudos, sea que la violación se cometa durante el procedimiento, o contra resoluciones que pongan fin al juicio, se promoverá por conducto de la autoridad responsable ...”. Ello pone de manifiesto que se trata del amparo directo, porque el indirecto se promueve ante el juez de Distrito, sin distinción alguna por cuanto a la materia; por el contrario, este artículo se refiere en forma genérica a sentencias definitivas, laudos y resoluciones que ponen fin al juicio.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 265/90. Seguros de México, S. A. 9 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Guillermo Salazar Trejo.

Octava época

Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: XII-julio

Página: 181

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN. La negativa de un tribunal de apelación para conocer de violaciones a las garantías individuales es correcta, ya que esa autoridad carece de facultades para resolver al respecto, estando únicamente autorizados para ello los tribunales federales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 103, fracción I, de la Constitución, no obstante que el artículo 133 de esa ley suprema ordene que los jueces deberán estarse a lo marcado por la Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados; toda vez que este último precepto debe ser entendido en el sentido de que las autoridades deberán acatar tales disposiciones, pero en caso de no hacerlo así, de tal forma que transgredan en perjuicio de algún individuo sus derechos individuales, sólo serán los tribunales federales quienes podrán determinar si se violaron tales garantías y, en su caso, proteger a la persona afectada.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1763/93. Grupo Industrial Interamericano, S.A. hoy G.F.T. de México, S.A. de C.V. 27 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Francisco Sánchez Planells.

Octava época

Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: VI segunda parte-1

Página: 193

LEYES INCONSTITUCIONALES. SU COMBATE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO DIRECTO. Si bien es del todo correcto admitir que por jurisprudencia

dencia definida este órgano colegiado ha sustentado el criterio de que el sistema característico del juicio de amparo directo no permite la introducción de argumentos de fondo que no fueron planteados ante la autoridad responsable, tal cuestión no debe extenderse al caso en el que la parte quejosa plantea, ante el juzgador de amparo, la inconstitucionalidad de la ley en la cual se apoyó la sentencia definitiva, laudo o resolución que puso fin al juicio. Lo anterior obedece a que, de conformidad con lo establecido por el tercer párrafo de la fracción XII del artículo 73 de la Ley de Amparo, si contra el primer acto de aplicación de una ley procede algún recurso o medio de defensa legal por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o nulificado, habiéndose optado para combatirlo a través de esta forma de impugnación, la resolución última dictada con ese motivo, ha de ser considerada, para los efectos de la procedencia del juicio de garantías, como la confirmación definitiva del referido primer acto de aplicación. Atento a lo anterior, si lo que se reclama en el proceso constitucional es una sentencia definitiva, laudo o resolución que puso fin al juicio que se apoya en una ley que la parte agraviada estima violatoria de la carta suprema, nada obsta para que el Tribunal Colegiado de Circuito proceda al examen de tal concepto de inconformidad pues, indudablemente, siendo sólo los órganos del Poder Judicial Federal a quienes compete en exclusiva el conocimiento de dichas cuestiones, resulta entonces irrelevante que esos mismos argumentos se hayan o no planteados ante la responsable, quien carece de competencia para emitir cualquier pronunciamiento en esa materia.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 723/90. Fianzas México, S.A. 10 de julio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Alberto Pérez Dayán.

Octava época

Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: III segunda parte-1

Página: 449

LITIS CONSTITUCIONAL. ALTERACIÓN DE LA. Si a juicio del quejoso son inconstitucionales los artículos en que la autoridad responsable fundó el acto reclamado, debió plantear la reclamación correspondiente en el juicio de garantías que promovió contra ese acto y, si no lo hace así, no es posible hacer examen alguno sobre el particular, dado que se alteraría la litis constitucional.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 515/88. Gabriel A. Hijar Zuloaga. 25 de enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Figueroa Cacho. Secretario: Roberto Macías Valdivia.

Octava época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: VII-enero

Página: 117

AMPARO CONTRA LEYES. QUE SEAN CONTRARIAS A LA JURISPRUDENCIA NO CONSTITUYE INCONSTITUCIONALIDAD. El vicio de inconstitucionalidad de una ley estriba en estar dictada en contra de un precepto constitucional, por tanto, el que una ley sea contraria a un criterio jurisprudencial, no constituye un vicio de inconstitucionalidad, aun cuando la jurisprudencia tenga fuerza obligatoria para las autoridades que aplican esa ley.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 520/90. Flora García. 4 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretaria: Graciela M. Landa Durán.

En cuanto a la vida del Poder Judicial, sus potestades, su naturaleza y caracteres, así como en relación con las calidades que deben investir al servicio de justicia y de los juzgadores:

Octava época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: IX-febrero

Página: 162

COSA JUZGADA. CASO EN EL QUE NO OPERA EN FAVOR DEL ACUSADO. La diversa sentencia absolutoria pronunciada en favor de los coacusados del quejoso, ciertamente constituye cosa juzgada merced a su confirmación por el tribunal de alzada al resolver la apelación; sin embargo, la autoridad y fuerza que la ley otorga a dicha sentencia ejecutoria se limita exclusivamente a la cosa juzgada respecto de aquellos sujetos en favor de quienes se pronunció el fallo absolutorio, lo cual es congruente con lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos, en el sentido de que "... Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito..."; pero en manera alguna genera efectos reflejos sustantivos o materiales que incidan eficazmente en la sentencia condenatoria emitida en contra del quejoso, ya que no es lógico ni jurídico impedir al órgano sentenciador ejercer su función jurisdiccional y se abstenga de analizar y valorar los elementos de convicción en que se funda el juicio de reproche instruido en contra del citado quejoso, por la simple razón de que tales elementos de prueba ya fueron valorados en una sentencia anterior, como equivocadamente se pretende en los conceptos de violación, en virtud de que esta cuestión sólo implica cosa juzgada de naturaleza eminentemente formal o adjetiva, cuya autoridad y fuerza no trascienden a otra sentencia, pues de ser así se llegaría al absurdo de que bastaría el pronunciamiento de una sentencia condenatoria en contra de un individuo, para que, con base en ella y sin tomar en cuenta los elementos de convicción relativos, también se condene posteriormente a otro en una sentencia diversa.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 353/91. Eliseo Díaz Esparza. 14 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Barocio Villalobos. Secretario: Carlos Rafael Domínguez Avilán.

Séptima época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: IV, parte SCJN

Tesis: 160

Página: 109

COMPETENCIA. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. JURISDICCIÓN CONCURRENTES. Relacionando el artículo 104 con el 124 de la propia Constitución, debe entenderse que los tribunales locales, incluyendo los del Distrito Federal, son competentes para conocer de los casos que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes locales, puesto que esta materia no quedó reservada a los tribunales de la federación. En tales condiciones, procede analizar si el juicio seguido por Alberto Cervantes Villanueva contra la línea de autotransportes mencionada, debe resolverse conforme a las leyes federales o locales. A este respecto, debe decirse que la materia de la litis está constituida por la responsabilidad del riesgo creado que se imputa a dicha línea, porque uno de sus camiones participó en el accidente en el que falleció Antolín Fernández Cano y en el que salió dañado el vehículo propiedad del actor; por consiguiente, es el Código Civil para el Distrito Federal la ley aplicable al caso. Para fundar la incompetencia

de dicho juez (Trigésimo Primero de lo Civil del Distrito Federal), la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal invocó el artículo 5o. de la Ley de Vías Generales de Comunicación, afirmando que, según dicho precepto, corresponde a los tribunales federales conocer de las controversias del orden civil en que sea parte una empresa concesionaria de un servicio público de autotransporte federal. En cuanto a la primera parte del artículo 5o. de la Ley de Vías Generales de Comunicación, cabe decir que establece en materia civil un sistema de competencia contrario al estatuido por la Constitución Federal, pues, independientemente de que las cuestiones planteadas estén sujetas a leyes federales o locales, atribuye a los tribunales federales la facultad de conocer de las controversias del orden civil en que fuere parte actora, demandada o tercera opositora, una empresa de vías generales de comunicación, es decir, dicho precepto atiende a la calidad federal de una de las partes para establecer la competencia de los tribunales federales. Este sistema en el régimen competencial está en contraposición con lo establecido en la Constitución y, por lo mismo, no puede prevalecer sobre ésta, ya que, según el artículo 133 de la propia Constitución, ella es la ley suprema de toda la Unión, y aun las leyes que de ella emanen, como lo es la Ley de Vías Generales de Comunicación, deben ajustarse a sus preceptos. En la especie se trata de un juicio civil seguido en contra de una línea que presta servicio de transporte en un camino federal, con sujeción a la concesión relativa que le fue otorgada, circunstancia que no es bastante para desentenderse del régimen competencial establecido en la Constitución, puesto que el referido artículo 5o. no puede prevalecer sobre los artículos 104 y 124 constitucionales, los cuales sólo reservan a los tribunales federales aquellas controversias que se susciten sobre aplicación de leyes federales. Aún más, cabe advertir que, aun en el supuesto de que la litis planteada en el asunto de que se trata debiera resolverse conforme a leyes de carácter federal, el caso quedaría comprendido en la segunda parte de la fracción I del precitado artículo 104, la cual dispone que en cuanto dichas controversias sólo afecten intereses particulares, como sucede en el caso, podrán decidirse a elección del actor, por los jueces y tribunales del orden común de los estados y del Distrito Federal. Por tanto, aun en este supuesto, debe observarse la distribución de competencias establecida por dicho precepto constitucional, resolviendo en la especie que es competente para conocer del juicio natural el juez Trigésimo Segundo de lo Civil del Distrito Federal, elegido por el actor.

Séptima época:

Competencia 9/80 suscitada entre los jueces de Distrito en el estado de Durango y Segundo del Ramo Civil de Durango, en la misma entidad federativa. 8 de agosto de 1980. Cinco votos.

Competencia 63/79 suscitada entre los jueces Primero de Distrito en el Estado de México y Tercero de lo Civil de Toluca, en la misma entidad federativa. 10 de septiembre de 1980. Cinco votos.

Competencia 47/80 suscitada entre los jueces Mixto de Primera Instancia del Distrito Judicial de Tenango del Valle, Estado de México, y Primero de Distrito en la misma entidad federativa. 6 de marzo de 1981. Cinco votos.

Competencia 32/80 suscitada entre los jueces Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal y juez Séptimo de lo Civil de la ciudad de México, Distrito Federal. 2 de abril de 1981. Cinco votos.

Competencia 13/80 suscitada entre los jueces Segundo de Primera Instancia de Córdoba, Veracruz, y Segundo de Distrito en el Distrito Federal en Materia Civil. 9 de septiembre de 1981. Cinco votos.

Nota: Tesis 2, Informe 1982, segunda parte, pág. 5.

#### Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: IX, abril de 1999

Tesis: P./J. 33/99

Página: 17

CONFLICTO COMPETENCIAL. CORRESPONDE AL TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESOLVERLO CUANDO SE INVOLUCRAN MATERIAS QUE CORRESPONDEN A LA ESPECIALIDAD DE LAS DOS SALAS. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, corresponde al Poder Judicial de la Federación, en los términos de la ley respectiva, dirimir los conflictos competenciales que se susciten entre los tribunales de la federación, entre éstos y los de los estados o del Distrito Federal, entre los de un estado y los de otro, o entre los de un estado y el Distrito Federal, y conforme a lo preceptuado en los artículos 11, fracción XIII, 12, fracción IV, y 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación vigente hasta el veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y cinco, y 11, fracción IV y 21, fracción VI de la misma ley, en vigor a partir del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cinco y en los puntos primero y segundo de los Acuerdos 1/1995, 7/1995 y 1/1997, relativos a la determinación de la competencia por materia de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y al envío de asuntos competencia del Pleno a dichas Salas, aprobados por el Tribunal Pleno, respectivamente, el siete de febre-



ro y el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y cinco y el veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y siete, las Salas del máximo tribunal del país tienen competencia jurisdiccional para conocer de los conflictos ya mencionados, cuando la materia del mismo coincide con la de la especialización de la Sala de que se trate. De ese modo, si el conflicto se plantea en el orden penal o civil, o entre ambos, del asunto conocerá la Primera Sala, y si es administrativo o del trabajo, o entre ambos, corresponderá a la Segunda Sala. Pero cuando se plantea respecto de las materias de una y otra Sala, entonces el conflicto debe resolverse por el Tribunal en Pleno, porque es este órgano el titular de la competencia originaria y porque de esa manera se cumple con el postulado constitucional de que la justicia se imparta de manera pronta y expedita, pues de no ser así, se daría lugar al planteamiento de una nueva cuestión competencial entre las Salas del Supremo Tribunal, la cual, necesariamente, desembocaría en el conocimiento del Pleno, de modo que hasta por economía procesal, tan pronto como la Sala del conocimiento constata que se involucra una materia que no corresponde a su especialidad, debe declarar su legal incompetencia y remitir el asunto al Tribunal Pleno.

Competencia 71/94 suscitada entre el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Andrés Tuxtla, Veracruz y el Tribunal Unitario Agrario del Trigésimo Primer Distrito, con residencia alterna en aquella ciudad. 8 de mayo de 1995. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Jorge Dionisio Guzmán González.

Competencia 160/95 suscitada entre el Juzgado Segundo de lo Civil de Tijuana, Baja California y el Tribunal Unitario Agrario del Distrito Dos, de Mexicali, Baja California. 16 de octubre de 1995. Once votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Manuel de Jesús Rosales Suárez.

Competencia 434/95 suscitada entre el Juzgado Primero de Primera Instancia en Cihuatlán, Jalisco y el Tribunal Unitario Agrario del Décimo Tercer Distrito en Guadalajara, Jalisco. 19 de agosto de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: José Guadalupe Tafoya Hernández.

Competencia 202/97 suscitada entre el Tribunal Unitario Agrario del Distrito XXXVI y el Juzgado Primero de Primera Instancia en Materia Penal del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán. 18 de septiembre de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González.

Competencia 71/98 suscitada entre el Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil, ambos del

Segundo Circuito. 3 de agosto de 1998. Once votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Miguel Ángel Zelonka Vela.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diecinueve de abril en curso, aprobó, con el número 33/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Octava época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: VI segunda parte-1

Página: 122

COSA JUZGADA, PROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE, AUN CUANDO NO SE HAYA RESUELTO EL FONDO DEL NEGOCIO. Es cierto que de acuerdo con la ley y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que haya cosa juzgada se requiere, además de la identidad sobre las cosas objeto de las pretensiones, la causa de pedir, personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, que la sentencia resuelva el fondo del contradictorio, porque si una resolución estima carente de legitimación al accionante, nada impide a éste proponer una nueva demanda; sin embargo, antes de ello debe adquirirla, pues si vuelve a ejercitar la acción sin cumplir con ese requisito, no obstante que no se haya resuelto el fondo del negocio en el juicio, resulta procedente la excepción de cosa juzgada que en el nuevo se oponga.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 290/90. Carolina Navarro Ávila y coagraviado. 6 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretaria: María Cristina Torres Pacheco.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: VI, julio de 1997

Tesis: P. CXII/97

Página: 15

JUSTICIA PRONTA Y EXPEDITA. LA OBLIGATORIEDAD DE AGOTAR UN PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO, PREVIAMENTE A ACUDIR ANTE LOS TRIBUNALES JUDICIALES, CONTRAVIENE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. El derecho fundamental contenido en el

segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adicionado por reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete, garantiza que cualquier persona pueda acudir ante los tribunales y que éstos le administren justicia pronta y expedita, pues los conflictos que surjan entre los gobernados deben ser resueltos por un órgano del Estado facultado para ello, ante la prohibición de que los particulares se hagan justicia por sí mismos. Ahora bien, este mandato constitucional no permite que, previamente a la solución que se dé a las controversias, los gobernados deban acudir obligatoria y necesariamente a instancias conciliatorias, ya que el derecho a la justicia que se consigna en éste, no puede ser menogado o contradicho por leyes secundarias federales o locales, sino únicamente por la propia Constitución, la que establece expresamente cuáles son las limitaciones a que están sujetas las garantías individuales que ella otorga. Además, debe considerarse que la reserva de ley en virtud de la cual el citado precepto constitucional señala que la justicia se administrará en los plazos y términos que fijen las leyes, no debe interpretarse en el sentido de que se otorga al legislador la facultad para reglamentar el derecho a la justicia de manera discrecional sino que, con esta reglamentación, debe perseguir la consecución de sus fines, los que no se logran si entre el ejercicio del derecho y su obtención se establecen trabas o etapas previas no previstas en el texto constitucional; por tanto, si un ordenamiento secundario limita esa garantía, retardando o entorpeciendo indefinidamente la función de administrar justicia, estará en contravención con el precepto constitucional aludido.

Amparo directo en revisión 1048/95. Unión de Crédito Agropecuario de Pequeños Productores del Norte de Zacatecas, S.A. de C.V. 20 de marzo de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Angelina Hernández Hernández.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintitrés de junio en curso, aprobó, con el número CXII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintitrés de junio de mil novecientos noventa y siete.

Novena época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: II, septiembre de 1995

Tesis: VII.2o.C.10 C

Página: 577

LITIS, MATERIA DE LA. El interés legal para incoar un proceso surge, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1o. del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz, desde el momento en que se afecte un derecho, o bien de que éste se adquiriera, no antes, porque cuando se intenta juicio deben estar integrados y satisfechos los presupuestos jurídicos de la acción, si se tiene presente que ello no se puede convalidar con actos o hechos supervenientes surgidos dentro del procedimiento, pues no sería lógico ni jurídico que la sentencia se ocupara de esos actos o hechos posteriores y distintos de los que dieron lugar a la demanda y/o fueron la base de los argumentos narrados en la misma, pues son insoslayables los principios procesales elementales de toda contienda judicial, como lo son, entre otros, el de equidad de las partes, derecho de defensa y el atinente a la litis del juicio, que se fija a partir de los hechos expuestos en la demanda y los vertidos en la contestación a ella, y dependiendo del material probatorio y demás constancias que se alleguen al sumario es que se justificarán los unos a los otros.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 274/95. Francisco Suárez Hernández. 20 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Arturo Baizábal Maldonado. Secretario: Jorge Sebastián Martínez García.

Quinta época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: I, parte HO

Tesis: 365

Página: 338

FACULTADES EXTRAORDINARIAS. La delegación de facultades legislativas en favor del Ejecutivo, es una excepción al principio de división de poderes, y por su carácter excepcional, esta delegación produce la consecuencia de que, tanto la legislatura al otorgarla, como el Ejecutivo al usar de ella, lo hagan con la justa medida y con la conveniente precisión, para no sobrepasar el margen de la excepción; por tanto, si una Constitución local fija los límites de la excepción, los decretos que expida el Ejecutivo, rebasando esos límites, y la aplicación que de esos decretos se haga, constituyen una violación al artículo 16 constitucional.

### Quinta Época:

Amparo en revisión 3059/27. Solano Atilano V. 15 de enero de 1929. Mayoría de cuatro votos.

Amparo en revisión 613/28. López Figueroa Felipe. 8 de febrero de 1929. Unanimidad de cuatro votos.

Tomo XXV, pág. 2479. Amparo en revisión. Pastrana Luz y coags. 11 de febrero de 1929.

Tomo XXV, pág. 2479. Amparo en revisión. Hernández Dolores. 2 de marzo de 1929.

Amparo en revisión 767/28. Vargas Antonio. 2 de marzo de 1929. Mayoría de cuatro votos.

### Quinta época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Apéndice al Tomo XXXVI

Tomo: XXXI

Tesis: 452

Página: 830

JURISDICCIÓN CONCURRENTE. El artículo 104 de la Constitución, establece la jurisdicción concurrente cuando se trata de la aplicación de leyes federales y la controversia afecte sólo intereses particulares, casos en los cuales quedan comprendidas las personas morales, cuando se defienden intereses de carácter meramente civil, pero no cuando la aplicación de la ley interesa directamente a la sociedad o al Estado como autoridad; y el recurso de súplica, cabe en los citados casos de jurisdicción concurrente; pero no puede hacer uso de él, el Estado cuando interviene como autoridad, sino sólo cuando litiga en su carácter de entidad de derecho civil, capaz de derechos y obligaciones.

Tomo XXVII, pág. 2272. Recurso de súplica. Ministerio Público Federal. 29 de noviembre de 1929. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tomo XXVII, pág. 2785. Amparo administrativo en revisión 822/28, Sec. 2a. Asco Antonio de. 15 de octubre de 1932. Cinco votos. Relator: Cisneros Canto. (Índice alfabético).

Tomo XXVII, pág. 2785. Amparo administrativo en revisión 4478/53, Sec. 2a. Heynen, Eversbuch y Cía. 26 de junio de 1953. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tomo XXVII, pág. 2785. Amparo administrativo en revisión. Preciado Gregorio. 8 de noviembre de 1927. Unanimidad de diez votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tomo XXVII, pág. 2785. Recurso de súplica 93/28, Sec.de Acdos. Gallardo Abraham. 1 de abril de 1936. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Alfredo Iñárritu.

Nota: Esta tesis reproduce el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

#### Séptima época

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Apéndice de 1985

Tomo: parte VII

Tesis: 12

Página: 54

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SISTEMA DE COMPETENCIA DEL. El artículo 2o., transitorio, del Decreto que reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 94, 98, 102, 104, fracción I, 105 y 107, fracciones II, párrafo final III, IV, V, VI, VII, VIII, XIII y XIV, determina: “Artículo 2o. Los ministros supernumerarios se constituirán en Sala Auxiliar para resolver los amparos contra leyes que integran el rezago. La Sala Auxiliar dictará sentencia con sujeción a la jurisprudencia del Pleno y estudiará también, cuando proceda, los conceptos de violación que se refieran a cuestiones de legalidad. Estos asuntos se turnarán, desde luego, si sobre su materia existe jurisprudencia, y los demás del rezago, a medida que la jurisprudencia del Pleno se vaya definiendo. Asimismo, resolverá sobre los asuntos que la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación le encomiende para desahogar el rezago que existe en las Salas de la Suprema Corte de Justicia. Cuando la Sala Auxiliar hubiere de participar en la resolución de conflictos jurisprudenciales con cualquiera de las otras Salas, los ministros supernumerarios que la integran formarán parte del Pleno. Entre tanto funcione la Sala Auxiliar, los ministros que la integran no desempeñarán las atribuciones que como supernumerarios les asigna la ley”. El sistema de competencias a que se contrae el artículo 2o. transitorio, antes transcrito, observa la organización constitucional que dieron, a los órganos de los Supremos Poderes de la Federación, las Constituciones del 4 de octubre de 1824 y del 5 de febrero de 1857 y de 1917, lo mismo que el Acta de Reformas del 18 de mayo de 1847. En recta observancia del principio arraigado en los artículos 117 de la Constitución de 1857 y 124 de la actual Ley Fundamental de la República, la reforma constitucional del 23 de octubre de 1950, en materia de amparo y de organización del Poder Judicial de la Federación, publicada en el *Diario Oficial* del 19 de febrero de 1951, como lo hace la actual, estimó en correspondencia con el sistema ortodoxo que singulariza el régi-

men constitucional mexicano, que las competencias atribuidas a la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberían quedar señaladas en la propia Constitución (artículo 4o. transitorio), a fin de que las facultades de los funcionarios federales estén “expresamente concedidas por la Constitución” y, en su caso, por la ley y no por un órgano del mismo poder, atento a que el sistema expreso de competencias en el Estado Federal mexicano no sólo es un mandato permanente para la distribución de funciones entre la federación y los estados miembros, sino, también una garantía de que gozan los particulares en el ejercicio de sus derechos ante la autoridad competente. Estos aspectos doctrinarios del sistema federal de competencia han sido invariablemente observados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En rigor, si impropio puede ser que la ley secundaria fije las competencias de cualquiera de los tres Supremos Poderes de la Federación, con menosprecio de su consignación directa en la Constitución, mayor impureza constitucional habrá cuando se pretenda dejar a la facultad de uno de esos mismos supremos poderes, la determinación de las atribuciones de cualquiera de los órganos integrantes de él, sin miramiento alguno para la naturaleza del Estado federal; la distribución de funciones entre la federación y los estados que la forman; el régimen de facultades expresas imperante en México y el conocimiento que debe mediar para que se aprecie, al través de mandatos constitucionales o legales, a que autoridad toca resolver, definitivamente, un amparo. La norma constitucional transitoria antes transcrita (artículo 2o.), se sujeta a la doctrina y principios de que se da cuenta, al fijar la competencia que corresponde a la Sala Auxiliar de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Séptima época, séptima parte, vol. 72, pág. 28. Amparo en revisión 1017/58. Inmobiliaria María de Lourdes, S. A. 27 de octubre de 1969. 5 votos. Ponente: Luis Felipe Canudas Orezza.

Vol. 72, pág. 28. Amparo en revisión 1051/58. Operaciones e Inversiones, S. A. 27 de octubre de 1969. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Luis Felipe Canudas Orezza.

Vol. 72, pág. 28. Amparo en revisión 6051/57. Inmobiliaria Zafiro, S. A. 27 de octubre de 1969. 5 votos. Ponente: Luis Felipe Canudas Orezza.

Vol. 72, pág. 28. Amparo en revisión 3444/57. Empresa Isabel. S. A. 27 de octubre de 1969. 5 votos. Ponente: Luis Felipe Canudas Orezza.

Vol. 72, pág. 28. Amparo en revisión 2526/56. Bienes Inmuebles Riozaba, S. A. 27 de octubre de 1969. 5 votos. Ponente: Luis Felipe Canudas Orezza.

Octava época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: VIII-diciembre

Tesis: 3a. CLXII/91

Página: 53

PLENO DE LA SUPREMA CORTE. A ÉL CORRESPONDE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO COMPETENCIAL SUSCITADO ENTRE UN JUEZ FEDERAL Y UNO LOCAL ESPECIALIZADOS EN MATERIA CIVIL, QUE REQUIERE PARA SU RESOLUCIÓN EL DETERMINAR SI LA CONTROVERSIA EN EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO EN QUE SE PRESENTA VERSA SOBRE DERECHO MARÍTIMO O SE REFIERE SÓLO A LA MATERIA MERCANTIL. En el supuesto de referencia resulta necesario determinar lo que se entiende jurídicamente por derecho marítimo y para ello deben interpretarse los artículos 73, fracción XIII, y 104, fracción I, constitucionales, que establecen la competencia federal en la materia de derecho marítimo, a fin de poderse establecer si la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, que regula la hipoteca marítima, es de derecho marítimo o es sólo un ordenamiento administrativo que regula la navegación y los problemas inherentes a ellas, es decir, relativa a la rama del derecho mercantil, en cuyo caso se estaría frente a una competencia concurrente si se afectaran sólo intereses particulares, según lo previsto por la fracción I del artículo 104 citado. Por tanto, la competencia para resolver el conflicto competencial corresponde al Pleno de la Suprema Corte pues el sentido de las reformas de 1988 en el régimen de competencias es el de que sea dicho Pleno el que conozca de los problemas de constitucionalidad y de interpretación de los preceptos de la Constitución. Además, conforme a lo dispuesto por los artículos 106 constitucional y 11, fracción XV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, corresponde a este poder, en los términos de la ley respectiva dirimir las controversias que se susciten entre los tribunales de la federación, entre éstos y los de los estados o entre los de un estado y los de otro, y compete al Pleno de la Suprema Corte conocer de cualquier otro asunto de la competencia de la Suprema Corte, cuyo conocimiento no corresponda a las Salas de la misma, por disposición expresa de la ley. Por tanto, es competente el Pleno para conocer del conflicto competencial que se suscite entre un juez federal y uno local, ambos especializados en materia civil, cuando para resolverse se requiera determinar si la controversia en el juicio especial hipotecario en que se presente dicho conflicto, versa sobre derecho marítimo o se refiere exclusivamente a la materia mercantil, pues en tal supuesto no se da la hipótesis prevista por la fracción VI del artículo 26 de la Ley Orgánica citada, relativa a la competencia de la Tercera Sala para conocer de las controversias que se susciten en materia civil entre los tribunales de la federación y los de las



entidades federativas, o entre los tribunales de dos o más entidades federativas. Estimar lo contrario implicaría prejuzgar que la controversia en el juicio relativo versa sobre materia mercantil, cuando que ello es precisamente la cuestión que debe ser examinada para resolver el conflicto competencial.

Competencia civil 109/91 suscitada entre los jueces Vigésimo Segundo de lo Civil del Distrito Federal y Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal. 23 de septiembre de 1991. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Salvador Rocha Díaz. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: VIII, diciembre de 1998

Tesis: P. XCVII/98

Página: 223

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. ES IMPROCEDENTE EL AMPARO EN CONTRA DE LA DECLARATORIA DE INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UNA DENUNCIA DE VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS, POR NO SER UN ACTO DE AUTORIDAD. La resolución final que dicta la Comisión Nacional de Derechos Humanos en materia de quejas y denuncias que se formulan en contra de presuntas violaciones a los derechos humanos, no tiene la naturaleza de “acto de autoridad”, ya que aunque se emita en el sentido de hacer recomendaciones, de lo dispuesto en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que no obliga a la autoridad administrativa contra la cual se dirige y, por ende, ésta puede cumplirla o dejar de hacerlo; luego, por sí misma no crea, modifica o extingue una situación jurídica concreta que beneficie o perjudique al particular. Asimismo, por sus efectos y consecuencias, la resolución emitida por la comisión, en la que declara su incompetencia para conocer de una denuncia o queja, es equiparable a sus determinaciones finales, en razón de que, tácitamente, está concluyendo que no hará ninguna recomendación con base en los motivos y fundamentos jurídicos señalados en la propia declaración de incompetencia, que se dicte aun antes de llevar a cabo la investigación, por lo que tampoco puede considerarse esta otra resolución como un acto de autoridad. Por consiguiente, sobre el particular se actualiza la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con el artículo 1o., fracción I, de la misma, conforme a los cuales el amparo solamente procede en contra de actos de autoridad.

Amparo en revisión 507/96. Bernardo Bolaños Guerra. 12 de mayo de 1998. Mayoría de diez votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Lourdes Margarita García Galicia.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diecinueve de noviembre en curso, aprobó, con el número XCVII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

#### Octava época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: XIV- julio

Página: 723

PRESIDENTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. AMPARO IMPROCEDENTE EN SU CONTRA. Si bien es cierto que el ejercicio del derecho de petición, previsto por el artículo 8o. de la Constitución General de la República debe ser respetado por todo funcionario público, también lo es que el juicio constitucional no es el medio para reclamar el desconocimiento de ese derecho que se imputa al presidente de la Suprema Corte pues, siendo éste el representante del máximo tribunal federal, el amparo que se entabla contra sus actos resulta improcedente, de conformidad con lo establecido por el artículo 73, fracción I, de la Ley de Amparo, disposición que finca la no procedencia del juicio de garantías en la naturaleza y categoría de la autoridad a quien se pretende señalar como responsable de los actos conculcatorios de derechos públicos subjetivos del particular, de acuerdo con lo cual, la actividad de la Suprema Corte de Justicia, así como de su presidente queda sustraída de la finalidad tuteladora de la acción de amparo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 295/89. Hugo Porfirio Angulo Cruz. 9 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

#### Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: V, febrero de 1997

Tesis: P. XXXIV/97

Página: 121

CONCURSO DE MÉRITOS. SI SE DESIGNAN JUECES DE DISTRITO CON BASE EN ÉL, DEBE DICTARSE UNA RESOLUCIÓN FUNDADA Y MOTIVADA QUE JUSTIFIQUE CON SUFICIENCIA POR QUÉ UNOS CONCURSANTES FUERON PREFERIDOS A OTROS, ATENDIENDO A LOS CRITERIOS SEÑALADOS EN LA CONVOCATORIA RESPECTIVA Y MEDIANTE LA APLICACIÓN DE UN SISTEMA IDÓNEO PARA COMPARAR OBJETIVAMENTE LOS MÉRITOS DE LOS PARTICIPANTES. Si bien constitucional y legalmente, la designación de jueces de Distrito sólo debe hacerse por medio de concurso por oposición, cuando por alguna situación excepcional se proceda a hacer nombramientos de esa naturaleza a través de concurso de méritos, es obvio que para lograrlo se debe proceder a la comparación específica de los méritos de los concursantes aplicando criterios objetivos y cuantificables en los que se respalde la selección final de los que sean nombrados, todo lo cual debe aparecer en el acta en la que se haga constar la resolución respectiva, sin que sea suficiente la afirmación genérica de que todo ello se hizo, pues resulta lógico que al establecerse un recurso de revisión administrativa en contra de ella, ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a favor de los concursantes no seleccionados, la única forma de hacer el examen respectivo ante los conceptos de nulidad, así como de que éstos puedan formularse, es conocer con minuciosidad la evaluación objetiva que sustente las designaciones.

Revisión administrativa (Consejo) 2/96. Luis Ignacio Rosas González. 6 de febrero de 1997. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el trece de febrero en curso, aprobó, con el número XXXIV/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a trece de febrero de mil novecientos noventa y siete.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: V, mayo de 1997

Tesis: P. LXXXVII/97

Página: 159

COSTAS JUDICIALES, PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS. Lo prohibido por el segundo párrafo del artículo 17 constitucional cuyo antecedente se halla en la Constitución de 1857, es que el gobernado pague directamente a quienes intervienen en la administración de justicia, una de-

terminada cantidad de dinero, como contraprestación por la actividad que realizan, esto es, que las actuaciones judiciales no deben implicar un costo directo e inmediato para el particular, sino que la retribución por la labor de quienes intervienen en la administración de justicia debe ser cubierta por el Estado, de manera que dicho servicio sea gratuito y, por ende, están prohibidas las costas judiciales.

Amparo directo en revisión 1263/96. Hernán Martínez Garza. 4 de marzo de 1997. Once votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Neófito López Ramos.

Amparo en revisión 2252/93. José Felix Moreno Moreno y otra. 11 de julio de 1995. Mayoría de nueve votos; unanimidad en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Neófito López Ramos.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diecinueve de mayo en curso, aprobó, con el número LXXXVII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y siete.

#### Novena época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: VIII, julio de 1998

Tesis: 2a./J. 47/98

Página: 146

SENTENCIAS DE AMPARO. PARA LOGRAR SU EFICAZ CUMPLIMIENTO, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA TIENE FACULTADES PARA PRECISAR SU ALCANCE, SEÑALAR LAS AUTORIDADES VINCULADAS A CUMPLIRLAS Y LA MEDIDA EN QUE CADA UNA DE ELLAS DEBE PARTICIPAR. El artículo 17, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal, dispone que “Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.”; por su parte, los artículos 104 al 113 de la Ley de Amparo, establecen diversos procedimientos tendientes a obtener el cumplimiento eficaz de las sentencias que conceden el amparo e, inclusive, el último de estos preceptos dispone que no podrá archivarse ningún expediente sin que esté enteramente cumplida la sentencia de amparo. La interpretación congruente de tales disposiciones constituye el sustento en que se apoya toda determinación encaminada a conseguir el cumplimiento pleno de las resoluciones jurisdiccionales, máxime si lo que se pretende es ejecutar un fallo

emitido por los tribunales de la federación en un juicio de amparo, ya que éste tiene por objeto, precisamente, tutelar a los gobernados contra los actos de autoridad que infrinjan sus garantías individuales. De esto se sigue que si la causa del retardo para la ejecución de la sentencia de amparo consiste en la confusión respecto de la manera correcta en la que procede cumplimentarla, para estar en posibilidad de dar solución a la situación descrita, la Suprema Corte tiene facultades para establecer los alcances del fallo protector, determinar qué autoridades se encuentran vinculadas a cumplirlo y en qué medida, con el objeto de conseguir el eficaz y pleno cumplimiento de la sentencia de amparo.

Incidente de inejecución 19/93. Juan González Mendoza y otros. 18 de septiembre de 1996. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Alejandro Sánchez López.

Inconformidad 89/97. Constructora Inmobiliaria Gilmar, S.A. de C.V. 30 de enero de 1998. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jorge Careño Rivas.

Inconformidad 144/97. Israel Téllez Lara y otro. 13 de marzo de 1998. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro.

Inconformidad 90/98. María Ruth Gallegos Corona. 20 de marzo de 1998. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Edgar Humberto Muñoz Grajales.

Incidente de inejecución 6/98. Francisco Horst Leonel Hernández Mendoza y otros. 24 de abril de 1998. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Benito Alva Zenteno.

Tesis de jurisprudencia 47/98. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del diecisiete de junio de mil novecientos noventa y ocho.

#### Novena época

Instancia: Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: VI, octubre de 1997

Tesis: III.T.23 L

Página: 754

INCOMPETENCIA DE ORIGEN. LA DESIGNACIÓN DEL PRESIDENTE Y DEL SECRETARIO GENERAL DE UNA JUNTA ESPECIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE NO ES RECLAMABLE EN JUICIO DE GARANTÍAS. La designación del personal jurídico que integran las Juntas de Conciliación y Arbitraje, hecha conforme a lo previsto en los artículos 625, 629 y relativos de

la Ley Federal del Trabajo, entre ellos, la del presidente y del secretario general, no puede válidamente ser materia de análisis constitucional en un juicio de amparo en el que se alegue que su nombramiento se hizo en contravención a las reglas que establece la citada ley laboral, ya que ello se encuentra vinculado a la incompetencia de origen, la que es diferente, en lo esencial, a la incompetencia derivada del artículo 16 constitucional; así, de manera similar a lo sucedido en otras latitudes cuando frente a los funcionarios de derecho se ha creado una teoría de los funcionarios de facto, esto es, aquellos cuya permanencia en la función pública es irregular, bien por inexistencia total o existencia viciada del acto formal de designación, según cierto sector de la doctrina, bien por ineficacia sobrevenida del título legitimante, frecuentemente debida a razones de temporalidad o inhabilitación, según otros autores. Ahora bien, el examen de la legitimidad de los aludidos funcionarios de la Junta Local y de la competencia de un órgano, supone una distinción esencial; así es, la primera explica la integración de un órgano y la situación de una persona física frente a las normas que regulan las condiciones personales y los requisitos formales necesarios para encarnarlo y darle vida de relación orgánica, y la segunda determina los límites en los cuales un órgano puede actuar frente a terceros. En este orden de ideas, el artículo 16 de la carta magna no se refiere a la legitimidad de un funcionario ni a la manera como se incorpora a la función pública, sino a los límites fijados para la actuación del órgano frente a los particulares, ya que son justamente los bienes de éstos el objeto de tutela del precepto, en tanto consagra una garantía individual y no un control interno de la organización administrativa; por tanto, los tribunales de amparo, por estar vinculados al concepto de competencia del artículo 16 constitucional, no pueden conocer de la legitimación de funcionarios públicos, cualquiera que sea la causa de irregularidad alegada; lo anterior, sin perjuicio de la posible responsabilidad administrativa o quizá penal exigible a la persona dotada de una investidura irregular o, incluso, sin investidura alguna.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 66/96. Juguetería Ryl, S.A. de C.V. 13 de agosto de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Gómez Ávila. Secretario: Fernando Arballo Flores.

Véase: *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, tomo III, segunda parte-1, página 390, tesis de rubro: “INCOMPETENCIA DE ORIGEN. NOCIÓN Y DIFERENCIAS CON LA COMPETENCIA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL”.

### Octava época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: XIV-julio

Página: 546

DERECHOS POLÍTICOS, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO. El derecho a desempeñar un empleo público, como lo son los cargos concejiles y de elección popular, es una función inherente a la ciudadanía, atento a lo dispuesto por los artículos 35, fracción II y 36, fracción V, de la Constitución General de la República, y por estos derechos jurídicamente debe entenderse toda acción que se encamine a la organización de los poderes públicos, a la conservación de los mismos, o a la de su funcionamiento, así, todo acto que tienda a establecer esos poderes, impedir su funcionamiento, o destruir su existencia, o funcionamiento, son actos que importan derechos políticos, respecto de los que es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto por la fracción XVIII del artículo 73 de la Ley de Amparo en relación con el diverso 1o. de la misma ley, interpretando este último precepto a contrario sentido, y con los citados artículos 35, fracción II y 36, fracción V constitucionales.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 470/92. Antonio Camela Chávez. 30 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Finalmente, en esta revisión de tesis aisladas y jurisprudencia definida que muestran las diversas posturas ideológicas del Poder Judicial en torno a los temas que ocupan el cuerpo de esta obra, debemos decir que básicamente, desde 1995 pues desde 1987 ya se habían iniciado los trabajos en ese sentido, el país cuenta con un Tribunal Constitucional que conoce precisamente de controversias constitucionales y de acciones de inconstitucionalidad que pueden llegar a tener efectos *erga omnes*, pero bajo la circunstancia de que éste no es un órgano diferente ni autónomo, al modo español, sino que está integrado al propio Poder Judicial, erigiéndose el Pleno de la Suprema Corte en él mismo, bajo los supuestos constitucionales y legales correspondientes (artículo 105 constitucional). Esta característica no lo priva, en su actuación, de ponderador jurídico-político de la realidad nacional. Con esta fórmula mixta, México no sólo mantiene el control difuso de la constitucionalidad al modo angloamericano, sino que se suma al modelo europeo continental con una espe-

cie de control concentrado. Ahora veamos los pronunciamientos judiciales en ese sentido, atendiendo ambas posibilidades en torno a las propias controversias constitucionales que no admiten la materia electoral y que versan sobre conflictos en el poder público y acciones de inconstitucionalidad, que miran posibles contradicciones entre una norma de carácter general y la propia Constitución y en las que cabe abiertamente la materia política.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: VIII, diciembre de 1998

Tesis: P. LXXII/98

Página: 789

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA TUTELA JURÍDICA DE ESTA ACCIÓN ES LA PROTECCIÓN DEL ÁMBITO DE ATRIBUCIONES QUE LA LEY SUPREMA PREVÉ PARA LOS ÓRGANOS ORIGINARIOS DEL ESTADO. Del análisis de la evolución legislativa que en nuestros textos constitucionales ha tenido el medio de control constitucional denominado controversia constitucional, se pueden apreciar las siguientes etapas: 1. En la primera, se concibió sólo para resolver las que se presentaren entre una entidad federada y otra; 2. En la segunda etapa, se contemplaron, además de las antes mencionadas, aquéllas que pudiesen suscitarse entre los poderes de un mismo estado y las que se suscitaran entre la federación y uno o más estados; 3. En la tercera, se sumaron a las anteriores, los supuestos relativos a aquéllas que se pudiesen suscitar entre dos o más estados y el Distrito Federal y las que se suscitasen entre órganos de gobierno del Distrito Federal. En la actualidad, el artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, amplía los supuestos para incluir a los municipios, al Poder Ejecutivo, al Congreso de la Unión, a cualquiera de sus Cámaras, y en su caso, a la Comisión Permanente. Pues bien, de lo anterior se colige que la tutela jurídica de este instrumento procesal de carácter constitucional, es la protección del ámbito de atribuciones que la misma ley suprema prevé para los órganos originarios del Estado, es decir, aquéllos que derivan del sistema federal y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41 y 49, en relación con el 115, 116 y 122, de la propia Constitución y no así a los órganos derivados o legales, pues estos últimos no son creados ni tienen demarcada su competencia en la ley fundamental; sin embargo, no por ello puede estimarse que no están sujetos al medio de control, ya que, si bien el espectro de la tutela



jurídica se da, en lo particular, para preservar la esfera competencial de aquéllos y no de éstos, en lo general se da para preservar el orden establecido en la Constitución Federal, a que también se encuentran sujetos los entes públicos creados por leyes secundarias u ordinarias.

Solicitud de revocación por hecho superveniente en el incidente de suspensión relativo a la controversia constitucional 51/96. Gabriel Hinojosa Rivero y Marcial Benigno Felipe Campos y Diez, en su carácter de presidente municipal y síndico, respectivamente, del ayuntamiento del municipio de Puebla, del estado de Puebla, contra el gobernador y el Congreso del propio estado. 16 de junio de 1998. Unanimidad de diez votos (impedimento legal Mariano Azuela Güitrón). Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Roberto Lara Hernández.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el dieciséis de noviembre en curso, aprobó, con el número LXXII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

#### Novena época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: VII, junio de 1998

Tesis: 2a. LXXXVII/98

Página: 421

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. NO SON LA VÍA IDÓNEA PARA COMBATIR RESOLUCIONES JURISDICCIONALES. De las interpretaciones gramatical y causal teleológica de la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que la controversia constitucional no es la vía idónea para combatir resoluciones de órganos jurisdiccionales. Lo anterior es así, en virtud de que este mecanismo de control constitucional está reservado para controvertir actos de gobierno que invadan la distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno o las facultades encomendadas a los Poderes Ejecutivos, federal, estatales o municipales. De esta forma, a través de las controversias establecidas en la fracción señalada del artículo 105 del Código Supremo, no se puede controvertir una sentencia emitida por un tribunal aunque se aleguen cuestiones constitucionales, ya que de las interpretaciones aludidas se sigue que a través de la controversia constitucional se controlan las relaciones de supraordinación entre los niveles de gobierno, poderes o entidades, por invasión a su esfera competencial, cuestión que no se satisface en el caso en el que se combaten resoluciones jurisdiccionales.

Recurso de reclamación en la controversia constitucional 23/97. Sistema Intermunicipal de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado en la Zona Metropolitana. 13 de mayo de 1998. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: V, mayo de 1997

Tesis: P./J. 29/97

Página: 474

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. OPORTUNIDAD PARA PROMOVERLAS CUANDO SE IMPUGNEN NORMAS GENERALES. De conformidad con lo dispuesto en la fracción II del artículo 21 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la impugnación de normas generales en la vía de controversia constitucional, puede llevarse a cabo en dos momentos distintos: 1) Dentro del plazo de treinta días, contado a partir del día siguiente de su publicación; y, 2) Dentro del plazo de treinta días, contado a partir del día siguiente al que se produzca el primer acto de aplicación de la norma controvertida. Con base en la citada disposición legal, los órganos de poder legitimados para intentar una controversia constitucional, gozan de una doble oportunidad para cuestionar la constitucionalidad de una norma de carácter general, ya que pueden hacerlo con motivo de su publicación, o del primer acto de aplicación en perjuicio del órgano demandante; de esto se sigue que, en el primer caso, si esta Suprema Corte de Justicia decretara el sobreseimiento por la improcedencia de la controversia constitucional, fundada en que se promovió fuera del plazo de treinta días posteriores a la publicación de la norma general respectiva, aquel mismo órgano de poder estaría en aptitud jurídica de ejercer válidamente, con posterioridad, la acción de controversia constitucional para impugnar la referida norma, si lo hiciera con motivo del primer acto de aplicación.

Controversia constitucional 12/95. Enrique Reyna Lizárraga, en su carácter de síndico del ayuntamiento de San Luis Río Colorado, del estado de Sonora, contra el Congreso Estatal y el gobernador del propio estado. 10 de marzo de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Alejandro Sánchez López.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: IX, abril de 1999

Tesis: P./J. 10/99

Página: 284

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES SOBRE DISPOSICIONES GENERALES. SE REQUIERE EL VOTO DE OCHO O MÁS DE LOS MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE, PARA DECLARAR SU INVALIDEZ. De conformidad con el artículo 105, fracción I, penúltimo y último párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 42 de su ley reglamentaria, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, actuando en Pleno, tiene atribuciones para declarar la invalidez de disposiciones generales, siempre que se alcance, por lo menos, una mayoría de ocho votos; de no alcanzarse esa mayoría calificada, se declarará desestimada la controversia.

Recurso de reclamación 85/98-PL, relativo a la controversia constitucional 4/98. Ayuntamiento del municipio de Puebla y otros municipios de la misma entidad. 19 de enero de 1999. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Impedimento legal: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinticinco de marzo en curso, aprobó, con el número 10/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: IV, noviembre de 1996

Tesis: P./J. 65/96

Página: 327

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN, DEBE RESPETARSE A LAS PARTES PARA INTERPRETAR SI LA DEMANDA FUE PROMOVIDA OPORTUNAMENTE. Para determinar si una demanda de controversia constitucional fue presentada en tiempo, atendiendo a la fecha a partir de la cual se debe hacer el cómputo relativo, ante diversas posibilidades de interpretación de los preceptos que lo rigen, al pretender, las autoridades demandadas, que se tome en cuenta la fecha del acto de aplicación de la ley que, se estima, invadió la esfera de un municipio, debe preferirse la que respete el artículo 14 de la Constitución, en cuanto que no se vulneren las formalidades esenciales del procedimiento, que son las necesarias para una adecuada defensa del promovente, evitándose que se

genere su indefensión, pues si bien el artículo citado se encuentra dentro del Título Primero, Capítulo Primero, denominado “De las garantías individuales”, lo cierto es que esta parte es reconocida como axiológica o valorativa, por lo que aun tratándose de un sistema procesal que tiende a evitar la invasión de esferas entre los tres niveles de gobierno, deben aplicarse, por analogía, esos principios.

Controversia constitucional 19/95. Ayuntamiento de Río Bravo, Tamaulipas. 1o. de octubre de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero.

En los términos de los artículos 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta tesis es obligatoria para las Salas, Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, Juzgados de Distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número 65/1996, la tesis de jurisprudencia que antecede. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: VIII, diciembre de 1998

Tesis: P. LXXIII/98

Página: 790

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y LEGITIMACIÓN PASIVA. De la finalidad perseguida con la figura de la controversia constitucional, el espectro de su tutela jurídica y su armonización con los artículos 40, 41 y 49, en relación con el 115, 116 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que podrán tener legitimación activa para ejercer la acción constitucional a que se refiere la fracción I del artículo 105 de la propia Ley Suprema, de manera genérica: la federación, una entidad federada, un municipio y Distrito Federal (que corresponden a los niveles de gobierno establecidos en la Constitución Federal); el Poder Ejecutivo Federal, el Congreso de la Unión, cualesquiera de las Cámaras de éste o la Comisión Permanente (poderes federales); los poderes de una misma entidad federada (poderes locales); y por último, los órganos de gobierno del Distrito Federal, porque precisamente estos órganos primarios del Estado, son los que pueden reclamar la

invalidez de normas generales o actos que estimen violatorios del ámbito competencial que para ellos prevé la carta magna. En consecuencia, los órganos derivados, en ningún caso, podrán tener legitimación activa, ya que no se ubican dentro del supuesto de la tutela jurídica del medio de control constitucional. Sin embargo, en cuanto a la legitimación pasiva para intervenir en el procedimiento relativo no se requiere, necesariamente, ser un órgano originario del Estado, por lo que, en cada caso particular deberá analizarse ello, atendiendo al principio de supremacía constitucional, a la finalidad perseguida con este instrumento procesal y al espectro de su tutela jurídica.

Solicitud de revocación por hecho superveniente en el incidente de suspensión relativo a la controversia constitucional 51/96. Gabriel Hinojosa Rivero y Marcial Benigno Felipe Campos y Diez, en su carácter de presidente municipal y síndico, respectivamente, del ayuntamiento del municipio de Puebla, del estado de Puebla, contra el gobernador y el Congreso del propio estado. 16 de junio de 1998. Unanimidad de diez votos (impedimento legal Mariano Azuela Güitrón). Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Roberto Lara Hernández.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el dieciséis de noviembre en curso, aprobó, con el número LXXIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

#### Novena época

Instancia: Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: III, junio de 1996

Tesis: I.6o.T.4 K

Página: 805

CONGRESO DE LA UNIÓN, ACTOS RECLAMADOS AL. INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY EN VÍA DE AMPARO DIRECTO. SOBRESERIMIENTO DE LOS. La inconstitucionalidad de una ley, tratándose del amparo directo, únicamente puede ser materia del capítulo de conceptos de violación, sin que sea necesario señalar a la ley como acto reclamado; por ende, si se llamó a juicio al Congreso de la Unión como autoridad responsable habrá que sobreseer por lo que a dicha autoridad se refiere, con fundamento en los artículos 74, fracción III en relación con el 73, fracción XVIII y 166, fracción IV, preceptos todos de la Ley de Amparo, toda vez,

que en este caso, no es jurídicamente factible analizar el proceso de formación de una ley en cuanto a su aprobación, promulgación y refrendo, en términos de los artículos 71, 72 y 73 constitucionales, pues ello compete únicamente a un Juez de Distrito en primera instancia, y a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en revisión, conforme a los artículos 114, fracción I y 84, fracción I de la Ley de Amparo.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2956/96. Agustín Aranda Lugo. 9 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Rosario Mota Cienfuegos. Secretario: Pedro Arroyo Soto.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: IX, abril de 1999

Tesis: P./J. 22/99

Página: 257

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES. Del análisis y la interpretación de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que: a) Si las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, entonces sólo son procedentes contra normas de carácter general; b) En el propio precepto se habla sólo de leyes y tratados internacionales entendidos como normas de carácter general. Consecuentemente, las acciones de inconstitucionalidad proceden contra normas de carácter general, pero no contra cualquiera de éstas, sino sólo contra aquéllas que tengan el carácter de leyes, o bien, de tratados internacionales. En iguales términos, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, tratándose de acciones de inconstitucionalidad, se refiere únicamente a normas generales, leyes y tratados internacionales; por lo tanto, también debe concluirse que prevé la procedencia de las acciones de inconstitucionalidad exclusivamente en contra de esas normas. La intención del Constituyente Permanente, al establecer las acciones de inconstitucionalidad, fue la de instituir un procedimiento mediante el cual se pudiera confrontar una norma de carácter general con la Constitución y que la sentencia que se dictara tuviera efectos generales, a diferencia de lo que sucede con el juicio de amparo, en el que la sentencia sólo tiene efectos para las partes. No puede aceptarse su procedencia contra normas di-

versas, ya que en tales casos, por la propia naturaleza del acto combatido, la sentencia no tiene efectos generales, sino relativos. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 y 19, fracción VIII, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 1o. de la misma ley y con la fracción II del artículo 105 constitucional, las acciones de inconstitucionalidad sólo son procedentes contra normas de carácter general, es decir leyes o tratados, y son improcedentes en contra de actos que no tengan tal carácter.

Acción de inconstitucionalidad 4/98. Sergio Manuel Aguilera Gómez y otros, en su carácter de diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 28 de mayo de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretarios: Guadalupe M. Ortiz Blanco y Miguel Ángel Ramírez González.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinticinco de marzo en curso, aprobó, con el número 22/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintidós de abril en curso, aprobó, con el número 29/1997, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*

Tomo: IX, abril de 1999

Tesis: P./J. 27/99

Página: 253

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS PARTIDOS POLÍTICOS NO SON LOS ÚNICOS QUE PUEDEN COMBATIR EN ESTA VÍA LEYES ELECTORALES. Con motivo de la reforma al artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el veintidós de agosto de mil novecientos noventa y seis, se suprimió la prohibición expresa que se contenía en el primer párrafo de la citada fracción, que impedía ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales, con lo que se estableció un régimen genérico en virtud del cual las partes legitimadas a que se refiere la fracción II en todos sus incisos, pueden acudir a dicha vía para im-

pugnar leyes electorales, sin más limitantes que las que los propios incisos establecen. Con esta reforma se adicionó el inciso f) y los dos párrafos siguientes a este inciso, del citado precepto constitucional, que autorizan a los partidos políticos a impugnar leyes electorales en esta vía y se establece que la única vía para plantear la contradicción entre este tipo de leyes y la Constitución, es la acción de inconstitucionalidad. La introducción de este inciso no significa que únicamente los partidos sean los que pueden impugnar leyes electorales, pues de ser así, el Poder Reformador expresamente lo hubiera señalado; y, el que enseguida del inciso se haya adicionado un párrafo en el que se establece que la única vía para impugnar leyes electorales por inconstitucionales lo sea la acción, tampoco implica que se refiera únicamente a los partidos políticos, pues tal disposición debe entenderse como parte del sistema general y no vinculado estrictamente al citado inciso, ya que, de otra manera, en el referido párrafo se habría señalado expresamente que la única vía para impugnar leyes electorales que sean contrarias a la Constitución sería la prevista en el referido inciso f). Así, armónicamente interpretada la disposición constitucional y acorde con el espíritu de su reforma, se concluye que se amplía la legitimación de la acción de inconstitucionalidad frente a una clase específica de leyes: las electorales; respecto de las cuales el círculo de legitimación se extiende, bajo ciertas condiciones formales y territoriales, a los partidos políticos, lo que se explica por el especial interés que éstos tienen en cuanto tales respecto de este tipo de leyes, pero ello no justificaría la exclusión de los legitimados por el régimen común para impugnar las leyes y, por lo mismo, la legitimación específica de los partidos es concurrente con la de los demás legitimados, quienes también pueden participar de manera relevante en esta tarea de control constitucional.

Acción de inconstitucionalidad 10/98. Minoría parlamentaria de la LXVIII Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cinco de abril en curso, aprobó, con el número 27/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Novena época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: IX, abril de 1999



Tesis: P./J. 25/99

Página: 255

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. MATERIA ELECTORAL PARA LOS EFECTOS DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO. En la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, se instituyó este tipo de vía constitucional en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero se prohibió su procedencia en contra de leyes en materia electoral; con la reforma a dicho precepto fundamental publicada en el mismo medio de difusión el veintidós de agosto de mil novecientos noventa y seis, se admitió la procedencia de la acción en contra de este tipo de leyes. Con motivo de esta última reforma, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de dicha Constitución prevé reglas genéricas para la sustanciación del procedimiento de la acción de inconstitucionalidad y reglas específicas cuando se impugnan leyes electorales. De una interpretación armónica y sistemática, así como teleológica de los artículos 105, fracción II, y 116, fracción IV, en relación con el 35, fracciones I y II, 36, fracciones III, IV y V, 41, 51, 56, 60, 81, 115, fracciones I y II, y 122, tercer párrafo, e inciso c), base primera, fracciones I y V, inciso f), todos de la propia Constitución, se llega al convencimiento de que las normas generales electorales no sólo son las que establecen el régimen normativo de los procesos electorales propiamente dichos, sino también las que, aunque contenidas en ordenamientos distintos a una ley o código electoral sustantivo, regulan aspectos vinculados directa o indirectamente con dichos procesos o que deban influir en ellos de una manera o de otra, como por ejemplo, distritación o redistribución, creación de órganos administrativos para fines electorales, organización de las elecciones, financiamiento público, comunicación social de los partidos, límites de las erogaciones y montos máximos de aportaciones, delitos y faltas administrativas y sus sanciones. Por lo tanto esas normas pueden impugnarse a través de la acción de inconstitucionalidad y, por regla general, debe instruirse el procedimiento correspondiente y resolverse conforme a las disposiciones específicas que para tales asuntos prevé la ley reglamentaria de la materia, pues al no existir disposición expresa o antecedente constitucional o legal alguno que permita diferenciarlas por razón de su contenido o de la materia específica que regulan, no se justificaría la aplicación de las reglas genéricas para unas y las específicas para otras.

Acción de inconstitucionalidad 10/98. Minoría parlamentaria de la LXVIII Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco

Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cinco de abril en curso, aprobó, con el número 25/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Hay que alabar a los integrantes del Poder Judicial mexicano no sólo por su talento jurídico y eficacia en la interpretación de la ley, sino también porque como ya vimos, a pesar del rezago normativo constitucional o de los errores de semantización o apreciación jurídica del poder revisor en las reformas y que hallamos en nuestros actuales textos fundamentales, supieron levantarse por encima de esa circunstancia adversa y nos han brindado, no siempre bajo buenos auspicios de nuestra vida política, un derecho —integralmente visto desde su ángulo más conspicuo: el de su aplicación e interpretación— moderno y actualizado y que seguramente influirá, si el legislador no se extravía nuevamente, en la obtención de una carta magna digna y eficiente para estos momentos. Revisados los aspectos doctrinales, normativos y jurisprudenciales que rigen la noción, naturaleza y desarrollo de la justicia en nuestro país, no albergamos duda alguna de que esta última fuente del derecho es la mejor cincelada, la más próspera y la más atinada, y refleja los avances que las tendencias doctrinarias, institucionales y resolutivas comparadas y vigentes en el mundo nos indican y recomiendan, para asumir —pronto y bien— nuevos derroteros más acordes con la idea de justicia anhelada. Es innegable que la edificación de esos tres pilares —norma jurídica-doctrina-jurisprudencia—ha albergado una ideología, una forma y línea de pensamiento, pues sería imposible pensar lo contrario. En nuestro país vemos un derecho determinado por la justicia en un sentido social y democrático, ajeno a toda tendencia autoritaria, despótica, arbitraria o alejada del más puro realismo sociopolítico que la entorna. Veamos a continuación una aproximación a ese pensamiento de la justicia mexicana.

## X. TENDENCIAS DE LA JUSTICIA

*La historia de un tribunal de justicia no es una historia del derecho, sino algo más complejo. Es una historia humana, la de los jueces y magistrados que aplican las leyes y los principios generales del derecho en*

*determinadas circunstancias y a los que siempre se les plantean controversias y casos concretos. Exige el conocimiento de las normas que interpretan los juzgadores, así como del derecho jurisprudencial que éstos crean. Comprende el conocimiento de los seres humanos y de las fuerzas políticas, económicas e ideológicas que aparecen en los juicios por resolver. Así lo afirma Lucio Cabrera<sup>88</sup> en su ensayo sobre *La Suprema Corte de Justicia a mediados del siglo XIX*, con lo que nos hace ver la perenne tendencia, no actual, de impregnar la función jurisdiccional de esos ingredientes ideológicos de tanta trascendencia. Refiere diversos eventos importantes de aquella época, pero seleccionamos uno adecuado a nuestros impulsos de ahora.*

Cabrera relata que:

Otra característica general de toda esta época fue la existencia de una pugna —ni grave ni trascendente, sino superable— entre el tradicionalismo liberal de la Corte de Don Manuel de la Peña y Peña y la corriente liberal renovadora de José Fernando Ramírez, Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero a propósito del juicio de amparo. El tradicionalismo liberal —que había permitido elevar a la Corte a la respetabilidad que tuvo en 1850— era criticado por Otero por convertir al tribunal supremo —según su opinión— en “un cuerpo que por su perpetuidad y el corto número de sus miembros, tiene ya de por sí bastante propensión a aislarse de los demás poderes que pasan fugitivamente delante de él...”.

Otero propugnaba por una Corte más activa y que realmente equilibrara a los otros dos poderes mediante el juicio constitucional.

Otro pasaje que nos relata Cabrera trasluce este esfuerzo ideológico por ir construyendo, no sin pesares, las tendencias de nuestro Poder Judicial:

Pronto se presentó otro conflicto, muy serio, de carácter ideológico. A partir de 1851, el gran jurista conservador, Teodosio Lares, rechazó totalmente la influencia del sistema judicial norteamericano y de Tocqueville, adoptando como modelo el francés y a sus tratadistas. Según él, era necesaria la existencia de dos sistemas de igual jerarquía: el civil y el administrativo. La justicia civil no debía entorpecer la acción del gobierno y era partidario de crear tribunales de lo contencioso administrativo, con un

<sup>88</sup> Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia a mediados del siglo XIX*, México, SCJN, 1987.

Consejo de Estado a la cabeza. Este tipo semiabsolutista contrastaba radicalmente con el defendido por los liberales, influidos por Tocqueville y el sistema republicano de Norteamérica. También era diferente al liberalismo tradicional sostenido por la Suprema Corte, con influencia decisiva de la Constitución y legislación gaditanas, de la primera Constitución francesa de 1791 y la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

Resulta natural que tales diferencias ideológicas, pues vemos tres posturas diferentes, aunque las dos primeras —el liberalismo clásico y el renovador— no se distanciaran tanto, pues ya asumían ambas la igualdad procesal entre los particulares y los Poderes de la Unión y los estados de la República, circunstancia muy apartada de la visión conservadora y europeizante de Lares, produjeran que en el ejercicio específico del acto de justicia, al realizarse la estimativa jurídica, al sopesarse los ingredientes fácticos y contrafácticos en juego, el resultado fuera ideológicamente distinto.

El sendero recorrido por la justicia mexicana desde esos años primigenios, generadores de las raíces de nuestra tradición, ha sido complejo, pero sin duda firme y adecuado a cada momento histórico. La Corte, para referir un género, supo siempre leer las circunstancias sociopolíticas del momento y crecer y funcionar dignamente. Ya en las postrimerías del siglo XIX y los inicios del XX ese Poder Judicial fue asumiendo su papel en el naciente constitucionalismo social. Santiago Barajas dice:<sup>89</sup>

No permitimos aventurar la hipótesis de que ha sido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el siglo pasado durante la vigencia de la Constitución de 1857 y en el presente siglo a partir de 1917, el órgano de los poderes públicos federales que ha dirigido su acción a corregir las violaciones inconstitucionales al derecho de tutela judicial.

Y no deja de advertirnos en torno a esas cuestiones sociales y el liberalismo imperante todavía en 1857 y sus años por venir:

Con frecuencia se insiste en la circunstancia de que, habiendo sido la Constitución General de la República promulgada el año de 1857 un producto ideológico de la doctrina liberal imperante en la época, es difícil encontrar en sus extraordinarios postulados cuestiones de interés social, a la

<sup>89</sup> Barajas, Santiago, “La Suprema Corte de Justicia y el constitucionalismo social”, *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, SCJN, 1985.

manera como a éstas se las entiende en la teoría del constitucionalismo moderno. Conforme a un estricto rigor doctrinal puede aceptarse tal pensamiento, pues siendo la Constitución mexicana de 1917 el primer ordenamiento de esta naturaleza que rompió los moldes tradicionales e introdujo principios de la doctrina social contemporánea, no se encuentra con anterioridad ningún concepto jurídico que conduzca a pensar en la posibilidad apuntada.

Sin embargo, la doctrina más conspicua nos hace ver cómo desde el último tercio del siglo XIX, a la luz de la llamada revolución industrial, surgían ya los prolegómenos de un incipiente derecho social. El derecho público y el derecho privado vieron surgir esta nueva vertiente jurídica como un conjunto normativo jurídico de los grupos sociales —los trabajadores—, y es ampliamente conocida la clasificación de Radbruch en este sentido, que él advierte con la *quiebra de la concepción individualista y liberal en la economía, ante el avance creciente de las reivindicaciones exigidas por la clase trabajadora*. El propio Barajas realiza un minucioso análisis de las resoluciones judiciales de la época, que colocan a la Corte ante los cambios ideológicos percibidos.

¿Por qué motivo vemos en las tesis transcritas un incipiente constitucionalismo social? Porque el trabajo lo tenemos que estimar en función del patrono o empresario en su relación jurídica con el trabajador. Toda relación de trabajo es social y a nuestro modo de ver, cualquier protección otorgada al trabajo es de este contenido, encuéntrase su origen en un arrendamiento de servicios, en un contrato de obra o en un contrato de aprendizaje de un oficio o profesión, siempre que se esté frente al trabajo asalariado, única condición que podríamos establecer para distinguirlo de otro tipo de prestación de servicios. No se trata de una cuestión referente al carácter personal o patrimonial del contrato de trabajo, sino al simple hecho de que una persona preste a otra un servicio dependiente y remunerado, caracteres de una concepción jurídica que fue intuita, aun cuando no haya tenido una denominación específica y se le haya ubicado entonces en un campo distinto de la actividad humana.

En este caso la justicia mexicana, como en otros de impulso posterior, no perdió el tiempo ni el paso, muy al contrario, supo entender sus tiempos sociopolíticos y no se arredró ante un normativismo escueto y rezagado, sabiendo encontrar la verdadera materialidad de sus resoluciones.

Ya Vallarta<sup>90</sup> se preguntaba en torno a los servicios profesionales: *¿Pero quiere esto decir que tales servicios sean exigibles sin regla alguna, sin proporción, sin equidad?*, y más aún: “¿Es tan amplia, tan ilimitada la teoría que he expuesto, que en virtud de ella pueda obligarse a un ciudadano a ser síndico toda su vida, a servir de jurado por largos años; que pueda compelerse a un abogado a defender a todos los reos pobres, a un médico a reconocer y curar todas las heridas?”

Vallarta se contestaba dándole contenido a la interpretación de la Corte en torno a los servicios obligatorios que la Constitución manda:

No, sin duda alguna: si así se entendiera esa teoría, llegaría hasta el absurdo, chocando a la vez con los principios de la justicia y con los preceptos de la Constitución. Proporción y equidad debe haber, pues, en todos los servicios públicos, forzosos y gratuitos, ya sea que los exija la federación, el estado o el municipio, porque sin esas condiciones, ellos son inconstitucionales.

Bajo ese panorama de finales del siglo XIX que parecía muy yermo con relación a los derechos sociales y de donde la Corte logró sacar frutos apetecidos, a pesar de todo, Barajas se pregunta: *¿Cuál fue la interpretación de la Suprema Corte en torno a estos avances conceptuales de justicia social?*, y nos responde:

Desde luego debemos confirmar que un criterio apegado totalmente a la doctrina liberal que imperó era imposible que prosperara y tuviera una aplicación estricta en el campo de las relaciones individuales o sociales propiamente dichas, pues aparte de no ser factible el ajuste de la norma constitucional a todas las situaciones personales, ya que ninguna de ellas desbordaba lo meramente individual para caer en lo social, tampoco las condiciones impuestas por el gobierno (porfiriato) para regular la vida colectiva, se ajustaron al marco legal, porque, al contrario de lo preceptuado, resultaba de difícil aplicación la individualización oficial pretendida por la autoridad, para dar solución a muchos conflictos de que tomó conocimiento la Suprema Corte, quien en aras de una correcta administración de justicia, se vio obligada a dar soluciones más de tinte social que individual en varios amparos que fueron interpuestos en su jurisdicción.

<sup>90</sup> Vallarta, Ignacio L., *Obras, votos*, México, Porrúa, t. II, 1981.

La Corte nunca se arredró y supo asumir su compromiso ideológico con la justicia a pesar de los malos tiempos. Ya en los años —no menos difíciles— de la Revolución en su época armada y, en su momento, durante el constitucionalismo de 1917, el constituyente Machorro Narváez aseveró en tribuna:

El Poder Judicial representa entre los poderes públicos el más grande prestigio moral. El poder moral verdadero, el poder verdaderamente grande en la conciencia de los pueblos está en el Poder Judicial, porque este poder representa la conciencia, la razón y la justicia; porque los actos de este poder, hasta afectando los pequeños intereses, son comprensibles para todos los ciudadanos.

Si queremos para nuestro gobierno y para nuestras leyes todo el respeto, y que la sociedad entera acate todas las disposiciones gubernamentales, necesitamos darle una administración de justicia sólida.

Así se presenta ese factor fundamental en la función judicial que nunca puede negarse, en el sentido del *valor político* que representa un Poder Judicial independiente, alerta a los pulsos populares y capaz de emitir juicios de valor apegados a la realidad sociopolítica imperante, por la confianza ciudadana que despierta y que brinda, entre otras cosas, gobernabilidad y respeto institucional, variables del poder público imprescindibles y siempre anheladas por quienes hacen política y mantienen una ideología firme.

Con visión muy larga y penetrante, antes de las reformas conducentes a introducir entre las funciones de la Corte las relativas a las cuestiones políticas y a las controversias constitucionales, el constitucionalista mexicano Fix-Zamudio<sup>91</sup> reflexionaba:

Basta observar el desarrollo de la Suprema Corte de Justicia como tribunal de amparo para descubrir una doble tendencia que se desarrolla en dos etapas fundamentales: la primera, que se inicia en la ley de 1869, concentra en la propia Suprema Corte la decisión final de todos los juicios de amparo y se prolonga hasta las reformas a la legislación de amparo que entraron en vigor en el año de 1951; un segundo periodo comienza con la creación de los tribunales colegiados de circuito y ha evolucionado hacia

<sup>91</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia y el juicio de amparo”, *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, SCJN, 1985.

la descentralización de los juicios de amparo en los citados tribunales a través de la modificación de las reglas de competencia para reducir el conocimiento del más alto tribunal de la República a los asuntos de mayor trascendencia económica, social, jurídica o constitucional, y confiéndole además facultades discrecionales de manera paulatina (en cita confrontada a Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa).

Esta última medida que nos recuerda Fix-Zamudio resulta un reconocimiento a la función primordial, desde el ángulo políticosocial, de la Suprema Corte, por más que los argumentos mecanicistas fueran en el sentido del abatimiento del rezago y auxilio a las Salas de la propia Corte. Y ya en el campo mismo de las llamadas *cuestiones políticas*, el propio Fix adelantaba:

El primer problema que es necesario examinar es el relativo al de las llamadas “cuestiones políticas”, si debido a los cambios sustanciales al criterio que por muchos años se ha conservado en la jurisprudencia de los tribunales supremos, en el sentido de que las decisiones de carácter político no podían ser examinadas por los órganos judiciales en virtud de que los mismos no estaban facultados para decidir sobre problemas que corresponden a la esfera discrecional de los restantes órganos de gobierno. En esta materia ha existido un largo camino que la doctrina ha calificado como “lucha contra las inmunidades del poder”, que ha reducido paulatinamente la esfera de las cuestiones “no justiciables”.

Y entonces, a ese propósito, agregó:

También en esta materia podemos acudir en vía de ejemplo a las transformaciones operadas en la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, en la cual había predominado la exclusión en el conocimiento de las llamadas “cuestiones políticas” (*Political Questions*), pero que se modificó sustancialmente en los años sesenta de este siglo, en cuanto la misma Corte norteamericana ha resuelto controversias que tradicionalmente se estimaban dentro de esta materia, incluyendo problemas relativos al régimen electoral de las entidades federativas.

Es el momento de recordar el concepto de *razonabilidad*, a que aludimos *supra*, al referir los trabajos de la Corte argentina y respecto a lo cual Fix argumentó desde 1985:



Sin embargo, algún intento (en el ámbito latinoamericano) se ha hecho para precisar los límites del carácter político de los actos de gobierno, a través del concepto de *razonabilidad*, que esencialmente ha sido sostenido por la Corte Suprema argentina, y en algunos ordenamientos se han establecido tribunales electorales (Brasil) a través de los cuales se establecen los límites jurídicos de una de las materias que se han considerado “políticas” por excelencia.<sup>92</sup>

En ese año, antes de la instauración en México del tribunal electoral que hoy conocemos y de las facultades de la Corte como tribunal constitucional concentrado, Fix adelantaba:

Restringiendo el examen al juicio de amparo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia desde hace tiempo ha aceptado el conocimiento y resolución de las controversias de amparo sobre las facultades discrecionales de las autoridades administrativas, en virtud de que ha sustentado la tesis obligatoria de que: “El uso del arbitrio o de la facultad discrecional que se concede a la autoridad administrativa puede censurarse en el juicio de amparo cuando se ejercita en forma arbitraria o caprichosa, cuando la decisión no invoca las circunstancias que concretamente se refieren al caso discutido, cuando éstas resulten alteradas o son inexactos los hechos en que se pretenda apoyar la resolución, o cuando el razonamiento en que la misma se apoya es contrario a las reglas de la lógica”.

Esta tesis invocada oportunamente por Fix no escapa a nuestras consideraciones anteriores, pues si bien el máximo tribunal no refiere explícitamente la necesidad de injerir en la vida político social del país, a través de esa eventual censura jurisdiccional a los actos de la administración pública, sí queda claro que la mera intención señalada, la interpretación extensiva realizada y las referencias, amén de a la lógica formal, a las “circunstancias que concretamente se refieren al caso...”, nos ubican en esa participación no sólo saludable, sino necesaria y exigida en un Estado social y democrático de derecho, de que la actividad judicial se involucre en la corrección de posibles torceduras o desvíos de poder como protagonista conspicuo de la vida comunitaria que se alimenta precisamente de axiología, eventos sociales e ideología imperante y adversa, en una sociedad plural.

<sup>92</sup> Los paréntesis son nuestros.

Sin embargo, para darle entrada a las reformas posteriores que él mismo impulsó con su creatividad jurídica, el autor invocado se lamentaba sin saber entonces que pronto sus ideales cuajarían en el derecho y la justicia mexicanos:

Pero en cuanto a los derechos políticos de los gobernados, la jurisprudencia obligatoria de la propia Suprema Corte de Justicia ha mantenido el criterio inalterable desde hace muchos años en el sentido de que: “La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo porque no se trata de garantías individuales”, como una orientación muy restrictiva sobre las funciones del más alto tribunal de la República, puesto que resulta evidente que a través de otros aspectos de su competencia como las controversias constitucionales reguladas por el artículo 105 de la carta federal o el procedimiento investigatorio a que se refieren los párrafos tercero y cuarto del artículo 97 de la misma carta fundamental, ha debido conocer y en ocasiones resolver, cuestiones que pueden calificarse como de carácter político.

El propio Fix-Zamudio opina:

No se trata de examinar a este respecto si el juicio de amparo tiene o no carácter político, como lo sostuvo un sector de la doctrina, especialmente el siglo anterior, sino reflexionar sobre si puede tutelar también, además de los derechos individuales de carácter tradicional, y los de carácter social incorporados por la Constitución de 1917, algunos de los derechos políticos otorgados por la misma ley suprema.

En este sentido, la doctrina contemporánea ha considerado que los derechos políticos son claramente derechos humanos de la misma categoría de los derechos individuales clásicos o los sociales surgidos a partir de la primera posguerra; pero lo más importante es determinar si los citados derechos políticos pueden considerarse, además, como *derechos fundamentales*, es decir como aquéllos reconocidos en la carta constitucional y que además poseen la posibilidad de ser tutelados procesalmente.

Fix concluyó con una aportación formidable, que sería una realidad poco tiempo después a la luz de sus propios conceptos y saludables advertencias:

No se pretende en esta oportunidad sustentar un criterio preciso sobre esta materia en la cual la delimitación de las implicaciones jurídicas de las acti-

vidades políticas resulta complicada, pero sí es necesario revisar los criterios tradicionales para señalar, con debida cautela, la procedencia del juicio de amparo y la función de la Suprema Corte de Justicia en la tutela de ciertos derechos políticos que anteriormente no podían tutelarse a través de nuestra máxima institución procesal.

Hoy sabemos que esas semillas germinaron, y en las reformas constitucionales de 1994 (diciembre) se modificó la estructura e integración de la Suprema Corte, se instauró el Consejo de la Judicatura, se perfeccionaron los instrumentos relativos al funcionamiento del tribunal constitucional y se dio pie para la integración posterior del tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación. En torno a esa reforma crucial, a pesar de haber sido tan criticada quizá por lo abrupto de su desarrollo y porque de alguna manera se vio en ella una especie de *golpe de Estado* técnico en contra del Poder Judicial al no observarse las formas y cortesías debidas, nuestra justicia ha prosperado y ha sido encauzada por buen rumbo. Melgar Adalid<sup>93</sup> nos resume su contenido:

La reforma tiene como propósito el fortalecimiento del Poder Judicial y su cabal independencia y autonomía de los demás poderes. Confirma el papel central que en el ámbito jurídico y político ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, institución suprema y esencial para la vigencia de los principios constitucionales y el equilibrio de los poderes de la Unión. Asimismo la reforma propició la creación del Consejo de la Judicatura Federal. Esta institución se conoce en el ámbito académico mexicano gracias a los esfuerzos singulares del maestro Héctor Fix Zamudio. La tarea invaluable del investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM rindió frutos en la incorporación constitucional de esta figura que constituye la forma de autogobierno del Poder Judicial y que se ha caracterizado como un órgano constitucional administrativo.

El propio Melgar hace referencia a mi crítica sobre la manera en que se concibió en México el Consejo de la Judicatura. Vertí esta crítica en la obra colectiva citada y que sirvió para pronunciarme en el coloquio que a propósito se organizó en la UNAM. Los años posteriores a la reforma de 1994 me vinieron a dar la razón, aun de manera parcial, pero se salvó la

<sup>93</sup> Melgar Adalid, Mario (coord.), *Reformas al Poder Judicial*, México, UNAM, 1995.

posición mayor de la exposición que realicé. Melgar recuerda mi intervención:

Con sentido innovador, conocimiento de la doctrina y del constitucionalismo universal, René González de la Vega formuló una crítica a la reforma en cuanto a la creación del Consejo de la Judicatura Federal, en tanto forma parte integrante del Poder Judicial. Para el penalista mexicano no debió haberse consignado su pertenencia al Poder Judicial sino fuera de la clásica división de poderes, como resultan los ya operantes Tribunal Federal Electoral, el Instituto Federal Electoral, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. No obstante su precisa argumentación, no puede olvidarse que la figura mexicana del Consejo de la Judicatura Federal creada por el Constituyente Permanente tiene un evidente origen en España, país con el que México tiene tanta cercanía doctrinal, y en donde el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo, según lo consigna la Constitución Española.

Al comentar mi posición, Melgar acaba admitiendo, que: “Una mayoría de tratadistas españoles no lo consideran (al Consejo) parte del Poder Judicial en tanto no se trata de un órgano jurisdiccional”.

En 1999, el poder revisor de la Constitución y la realidad sociopolítica vinieron a darme la razón y se reformó el artículo 94 de la carta fundamental, a fin de desincorporar al Consejo como integrante del Poder Judicial de la Federación, circunstancia que advertí como equívoca desde 1995. En rigor, falta su desincorporación como órgano no jurisdiccional de la estructura del Poder Judicial para impulsarlo como órgano constitucional autónomo e integrarlo equilibradamente con representantes de los tres poderes. Con relación a la modernización de la justicia mexicana, estimo procedente traer hasta aquí algunos de mis párrafos de esa colaboración de 1995 en el coloquio universitario:

El juez Charles Evans Hughes aseveró: *Vivimos bajo una Constitución; mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es.*

El confiar la conducción de la República, en cuanto a su cauce normativo, a la fuerza de los jueces, es la gran aportación norteamericana a las formas modernas de gobierno. En Europa continental no era así. Allá prevaleció el llamado “derecho legal” sobre el “derecho judicial” propio del *Common Law* anglosajón. Las explicaciones son históricas. Siendo los jueces simples delegados de los déspotas, no se confió en ellos al surgir

las modernas naciones europeas; decidieron confiar mejor en los parlamentos, finalmente, representantes directos del pueblo. Los dos sistemas, el angloamericano y el europeo continental, se han venido debatiendo por ganar su razón, durante las últimas épocas. Sin embargo, a la luz de los cambios generados en las concepciones del Estado moderno y su crisis existencial, parece tomar fuerza la posición del “derecho judicial”.

Desde luego argumenté en torno a la crisis del Estado moderno:

En estos últimos despliegues del siglo XX, el Estado, como fórmula de convivencia social surgida hace ya quinientos años, enfrenta, efectivamente, una crisis en sus concepciones y estructuras. La abolición de las fronteras por la avasallante actividad económica, las nuevas formas de soberanía, el reto arrogante y muchas veces incontrolado de grupos que actúan al margen de la ley y que disputan a las instituciones públicas poder y hegemonía, son sólo ejemplos destacados de esa crisis del Estado. Durante la primera mitad del siglo, las viejas fórmulas sirvieron, en periodos de guerra, para sostener Estados, si bien democráticos, fuertes y autárquicos. Durante la segunda mitad del siglo, los reclamos de mayor democratización y apertura influyeron a los Poderes Ejecutivos y hubo que descansar en el protagonismo de los parlamentos, en tanto órganos de representación popular, con vocación para el debate público y la generación de opiniones y consensos. A su lado, los marcos normativos, que dan rumbo y ritmo a una nación, empezaron a ser cuestionados, pues las facciones políticas en juego nunca lograron —ni podrían aspirar a ello— la unanimidad. De ahí, que irrumpieran en los escenarios nacionales, con renovada fuerza, los órganos encargados de “decir el derecho”, esto es, el *jurisdicere*: los poderes judiciales.

Entonces argumenté las nuevas tendencias a la llamada *judicialización* del Estado nuevo o renovado:

La “judicialización” es la forma, el método moderno, para llegar a la comprensión de nuestros sistemas gubernativos.

En la dicotomía de “control difuso” de la constitucionalidad norteamericana, plasmada en el artículo 6o. de su carta fundamental —por cierto de idéntica redacción en nuestro relativo 133—, y de “control concentrado”, proclamado por Kelsen en el periodo entreguerras, ante el derrumbe del constitucionalismo clásico, por los cuales, en el primero, se confía al sistema general de justicia el control y en el segundo a un órgano especializa-

do, el Tribunal Constitucional, los países se deciden, hoy por hoy, por un sistema mixto que mantenga un control cotidiano e incidental por medio del sistema integral y un control, llamémosle, eventual y especializado de la Constitución, mediante un Tribunal Constitucional con facultades para emitir resoluciones de interpretación judicial, con efectos *erga omnes*.

Había que explicar esa dicotomía y dimensionarla en esta hora:

La dicotomía reseñada, que tiende a un sistema común, tiene su origen en el enfrentamiento del sistema americano —representante del control jurisdiccional— y del sistema austriaco —representante del control político—. La exclusión del primero —el control jurisdiccional— ha sido doctrina mantenida con mayor fuerza, hasta hoy, por Francia. Es este país el arquetipo del control político y de una posición “antijudicialista”. Cappelletti nos ayuda a encontrar razones para esta posición francesa:

— Razones ideológicas. Los postulados de Montesquieu en cuanto a la división de poderes hacían imposible a los franceses conciliar la posible interferencia de los jueces en la esfera del Poder Legislativo, que es la emanación directa de la soberanía popular.

— Razones prácticas. La experiencia francesa recomienda que, ante la mutabilidad de las instituciones jurídicas, es mejor controlar, mediante un órgano constitucional especializado —el Consejo de Estado— los abusos del Ejecutivo, más que allanar los precedentes legislativos. Recuérdese en esto nuestra “fórmula Otero”.

— Razones históricas. Los franceses surgen de su célebre revolución con una confianza inusitada en la *volonté generale* y un recelo, también inusitado, hacia los jueces.

De ahí que hayan integrado su Consejo de Estado con una composición eminentemente política, tanto por el origen de sus miembros —elección parlamentaria—, cuanto por su especialidad —no requieren de ser abogados—. Este Consejo francés posee un control preventivo, pues debe producirse antes de entrar en vigor la ley y su resolución no es vinculante, esto es, es de naturaleza meramente consultiva.

Ante esa circunstancia francesa tan conspicua, nos vamos a la explicación del caso mexicano a partir de la mezcla entre los sistemas angloamericano y austriaco:

Reencontrados estos precedentes, muy explorados por los constitucionalistas, podremos, de mejor manera, abordar el examen sobre la dimensión

jurídica de la reforma mexicana de 1994. Lo cierto es que, a pesar de las aparentemente insalvables diferencias entre ambos sistemas —paradigmáticamente conocidos como norteamericano y austriaco— existen tendencias actuales para llegar a un sistema común que aproveche lo mejor de ambos. Esa es precisamente, a mi modo de ver, la solución mexicana, por demás encomiable. Veamos:

1. En el sistema de “control difuso” o norteamericano, y recordemos nuestro vigente artículo 133 constitucional, todos los órganos judiciales ordinarios pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, en ocasión de las controversias de que conozcan. La fuerza vinculante de estas decisiones son los precedentes, el *stare decisis* anglosajón o nuestra jurisprudencia. En los sistemas de jurisdicción “concentrada”, como ya vimos, se otorga a un órgano *ad-hoc* —Tribunal Constitucional— el monopolio de las competencias para conocer de la constitucionalidad de las leyes.

2. En el modelo de “control difuso” la ley sometida a sospecha de inconstitucionalidad no puede impugnarse directamente. Se hace valer sólo como cuestión incidental de cuya resolución depende la decisión que sobre el caso principal ha de adoptar el juez. Esto es, el control de constitucionalidad sólo se lleva a cabo por la vía procesal de la excepción de constitucionalidad. A la inversa, en el sistema “concentrado”, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional se inicia, precisamente, mediante el ejercicio de una acción de inconstitucionalidad. Se trata, pues, de una impugnación directa que no se relaciona a un litigio o controversia planteada por particulares.

3. El modelo “concentrado” tuvo que imponer limitaciones a la posibilidad de acceso al recurso, por razones de moderación o de evitar abusos. Esa limitación se logró restringiendo a los sujetos legitimados para iniciar la impugnación directa. En cambio, en el modelo norteamericano, las partes en un litigio, tienen abierta la puerta para esgrimir el incidente de inconstitucionalidad de una ley, esto es, la excepción de inconstitucionalidad.

4. En el modelo de “control difuso”, el efecto de la sentencia del juez no es anular la ley, sino que declara una nulidad preexistente, inaplicándola, con efectos retroactivos —*ex tunc*— y por su incidentalidad, se aplican esos efectos, sólo al caso concreto —*inter partes*—. Mediante los precedentes judiciales se inicia la modificación jurídica de los escenarios previos. En cambio, el modelo europeo continental, mediante la impugnación directa, logra sentencias con efectos *erga omnes*, cancelando definitivamente la ley en cuestión. Los austriacos le dan a estas resoluciones un

efecto de irretroactividad —*ex nunc*— y, en cambio, alemanes e italianos otorgan efectos retroactivos —*ex tunc*— a esas sentencias. El modelo francés de control eminentemente político, como ya explicamos, presenta otras vertientes.

Hoy por hoy, como ya comentamos, se encuentran muy avanzados los procedimientos para lograr la fusión de los modelos de control difuso y concentrado. Así, los esfuerzos europeos y, en especial, los españoles, y en este hemisferio, los latinoamericanos.

Alrededor de esta parcela de la reforma constitucional de 94 que abordó otros temas interesantes, pero no allegados a lo ahora argumentado, concluí en aquella intervención:

Los artículos 103, en sus fracciones II y III; 104, fracción IV; 105; 106 y 107, en sus fracciones V, VIII, XI, XIII y XIV, componen el conjunto fundamental del nuevo sistema judicial mexicano para lograr un mejor control de la constitucionalidad. Al seguir vigente el artículo 133 constitucional conservamos nuestro “control difuso” al modo norteamericano, y con las nuevas reformas “montamos” un eficaz sistema “concentrado” de control jurisdiccional y no político.

Así pues, encontramos varias mixturas que, en su cotidiano accionar, depurarán nuestro Estado de derecho. Conviven el “derecho legal” que genera nuestro Congreso como representante popular y el “derecho judicial”, que aportará la Suprema Corte, para darle cohesión, definitividad y solidez. Conviven también el “control difuso” a cargo de todo nuestro sistema de justicia, a partir de las controversias que conozca y a través de la excepción de inconstitucionalidad, y el “control concentrado” a través de un órgano *ad-hoc*, como lo es nuestra Suprema Corte erigida en Tribunal Constitucional, el que recibirá impugnaciones directas por inconstitucionalidad de leyes a través de los sujetos legitimados; conviven, asimismo, una Suprema Corte de Justicia que podrá resolver discrecionalmente amparos directos y una Suprema Corte de Derecho, que conocerá sobre cuestiones de constitucionalidad de leyes. Conviven, también en la propia Suprema Corte, un Tribunal de Amparo y un Tribunal de Alzada, para el caso de algunas apelaciones de importancia.

Con relación a estas tendencias y fórmulas de solución impecable de la justicia en el Estado moderno —que presenta como feliz paradoja el que al despolitizar las resoluciones sobre constitucionalidad, alejándonos del modelo francés, se logra involucrar al Poder Judicial en la práctica y



generación de un derecho *vivo*, pues con su interpretación judicial se injerirá, beneficiosamente, de los valores, hechos e ideología imperantes en la comunidad a la que sirve—, los propios tratadistas europeos comentan en ese sentido. Así el anteriormente invocado Fernández Segado:

Pueden advertirse otras convergencias entre ambos sistemas (el angloamericano y el europeo continental clásico). Así, la distancia entre la eficacia del “precedente” (en virtud del principio del *stare decisis*) en Norteamérica y la propia eficacia del efecto *erga omnes* de las sentencias de los tribunales constitucionales europeos va disminuyendo, pues el contenido de muchos pronunciamientos, siendo también en Europa esencialmente interpretativo, termina en la práctica por dar lugar a la eficacia del precedente. La conclusión final es inequívoca: no sólo es posible combinar sistemas diversos, como de hecho ya sucede, y nuestro ordenamiento jurídico (el español) es un buen ejemplo de ello, sistemas que, por lo demás, tienden a aproximarse, sino que es posible la evolución hacia un sistema común.

Así, en México se ha logrado, y lo pudimos observar en el inciso anterior a partir de la revisión e invocación de la jurisprudencia posreforma de 1994, que nuestro sistema de justicia combine elementos aparentemente dispares y alcance un posicionamiento de la Corte verdaderamente imbuido de *vida sociopolítica*, esto es, un impartidor de justicia protagónico en la construcción del edificio nacional y no como entidad ajena y permanentemente sesgada del desarrollo ideológico, al que ahora coadyuva en su arquitectura y fortalecimiento.

Ello no nos conduce a confundir el papel de la Suprema Corte, si alguien quisiera mezclar lo dicho anteriormente con el ya muy rebasado pasaje de la *incompetencia de origen* y las llamadas *cuestiones políticas*. Ese tema nació a partir de un caso explícito en torno a la discusión generada en el siglo XIX a propósito de un debate entre Iglesias y Vallarta, quien impuso el criterio. La cuestión era decidir si conforme al sentido del artículo 16 de la Constitución de 1857, se atribuía o no a la Corte facultad para determinar, al conocer de un amparo, si un funcionario era o no legítimo, en consideración a que eventualmente podría dictarse un acto de molestia a un particular. Se decidió por la negativa, según expresión de Vallarta, pues como explica Ruiz Massieu:<sup>94</sup>

<sup>94</sup> Ruiz Massieu, José Francisco, *Cuestiones de derecho político*, México, UNAM, 1993.

Las atribuciones de la Corte deben otorgarse de manera expresa, siguiendo el precepto que distribuye la competencia entre los poderes federales y los de los estados y el cual en ningún extremo concede a este Tribunal la facultad de calificar la legitimidad de las autoridades; la Corte sólo debe conocer de controversias judiciales en las que figure un particular y que versen sobre cuestiones de derecho privado y no, en consecuencia, de asuntos políticos que atañen a la estructura básica de los poderes constitucionales.

La tesis contraria repugna claramente al principio de división de poderes, que se funda en la igualdad de las tres funciones. Se subvierte el orden constitucional, al pretender que la Corte revise la legitimidad de funcionarios, ya federales, ya locales, privando a los otros poderes de su facultad para calificar sus propias designaciones y elecciones.

Debemos aclarar que el principio básico que argumenta Ruiz Massieu sigue vigente, pero por supuesto bajo otras modalidades ya que su pronunciamiento es anterior (1993) a la reforma constitucional que ahora mencionamos (que incluyó en su momento la *ciudadanización* del Instituto Federal Electoral y la desaparición del viejo Colegio Electoral, montado en el Congreso). De ello, las salvedades previstas en el artículo 105 constitucional que impiden controversias constitucionales en razón de cuestiones electorales. En 1996 se reforman los artículos 94 y 99 constitucionales, básicamente para integrar al Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación, que anteriormente mantenía una posición de autonomía orgánica constitucional. Éste está facultado, en exclusiva y sin posibilidades de impugnación de sus sentencias ante la Corte, para conocer de inconformidades en torno a elecciones federales y está en capacidad de declarar la validez de una elección.

Tras este breve paréntesis digamos que la Suprema Corte de Justicia actual reconoce dos vías diversas para generar jurisprudencia: a la luz de la reiteración de tesis y la solución de contradicción de éstas. Bajo dichas premisas fue que la jurisprudencia nació durante el siglo XIX, en el seno del triunfo y fortalecimiento del Estado liberal al que se precisaba anclar en el discurso histórico mexicano, pues resultaba imperioso que el control de constitucionalidad fuera cincelándose a partir del *ius dicere*, siempre atento a la realidad axiológica y sociológica del momento y no solamente a partir de un oscuro y precario decir de la Ley de Amparo de 1861. La jurisprudencia vino a fungir en ese su nacimiento como parte integrante no sólo de la ciencia jurídica, sino pensada también como integrante y fórmula de encauzamiento de las principales decisiones jurídi-

co-políticas del Estado. Es a través de la jurisprudencia de la Corte, a querer o no, como se va fraguando la ruta del poder de dominio público, a veces estelarmente, en otras anulada bajo el yugo de la dictadura, pero en todo caso, atenta a preservar el orden normativo cultural prevaleciente. Lucio Cabrera nos recuerda:

La jurisprudencia fue formalmente creada en la Ley de Amparo de 1882 —bajo la inspiración de Mariscal y Vallarta—; suprimida después por el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1898, por razones que no aparecen en el texto legal, y más tarde se consolidó en el Código de 1908. Desde entonces y con cambios paulatinos ha subsistido hasta el presente. En 1951 se consagró en el texto constitucional y las reformas de 1967 ampliaron sus órganos de creación y la clase de juicios de los que podía nacer, así como su esfera de obligatoriedad.

Hoy guarda un papel central en la creación y desarrollo del derecho mexicano y de la administración de justicia y es, según pudimos constatar, un instrumento vivo y actualizado que ha sabido abreviar de las circunstancias válidas del país, de su realidad social y política, y se erige en una de las herramientas de ejercicio del poder más significadas y confiables a la ciudadanía.

El precedente obligatorio, conocido por el derecho angloamericano como *stare decisis*, devino en la nomenclatura que entre nosotros conocemos como jurisprudencia. Según el pensamiento decimonónico de Mariscal, uno de los impulsores de la idea, esos precedentes judiciales debían ser regulados para lograr su efectiva sistematización, ordenación y publicidad. A través de la jurisprudencia que no resultó una fuerza *cuasi-legal* se establecía llanamente una obligatoriedad a fin de que en su acatamiento se guiara al juzgador bajo la línea de pensamiento, el argumento y razonamiento jurídicos que brindaran seguridad y certeza. Precisamente porque el Poder Judicial, siendo único, se compone de una multitud de órganos independientes —jueces y tribunales— que guardan para sí la potestad judicial íntegra, se podría generar una gran dispersión de métodos y soluciones jurídicas a la luz de cada circunstancia ideológica, temporal o tópica, que no aseguraría a la administración de justicia ponderación, proporcionalidad y equidad. Por ello, se recomendó en esas épocas reglamentar legalmente esa emisión de criterios para ir perfilando con el tiempo, *a golpe de sentencia*, el pensamiento jurídico de la jurisdic-

ción. Mariscal mismo aclaró: *no se trata de que el juez derogue la ley, sino que los frecuentes hechos individuales vendrán a hacer caer la ley en desuso o a obligar al legislador a derogarla, sin conflicto de poderes.*

Hemos establecido que la justicia es la determinante del derecho en tanto conjunto normativo jurídico que tiene por finalidad regular la vida comunitaria. Ese propósito determinante se alcanza ante el caso concreto cuando los caracteres de la ley (generalidad, obligatoriedad y coercibilidad) se resumen o encarnan en un conflicto o una controversia específica que ha de ser conmutada por un juez. La resolución judicial basada en interpretación axiológica y sociológica de la norma aplicable, conforme con los postulados constitucionales y sujeta a una argumentación y un razonamiento jurídico válido y sólido, permite la vida del derecho que, de otra manera, se presenta simplemente como un catálogo de mandatos o prohibiciones en abstracto. Esa resolución en particular procede de un hombre talentoso y conocedor de la ley y de su entorno sociopolítico, no de un autómatas que se limita a realizar operaciones aritméticas o a calcular guarismos y recetas. Por ello está colmada de valores, pues el *acto de justicia*, impregnado de proporcionalidad y equidad, de trato igual a todos, es en rigor un juicio de valor pleno de razonamiento, esto es, construido desde la *racionalidad* del deber ser, ese mundo ideal anhelado por el derecho, y desde la *razonabilidad* que nos otorga el conocimiento del accionar político en un lugar y momento dados. La inteligencia humana volcada al acto de justicia genera un acto de cultura, una respuesta razonada ante un conflicto que se atiene a norma y realidad. A esto le llamamos sentencia o resolución judicial, que se viste de los ropajes legales reconocidos en la obligatoriedad y la coercibilidad para hacerla realidad en el mundo fáctico. Cuando la solución de ese caso bajo esas premisas empieza a reiterarse o resuelve criterios diferentes entre juzgadores ante situaciones iguales, asume un carácter formidable que por su fuerza, vigor jurídico y sustentación política como acto de gobierno se toma como jurisprudencia, que hasta entonces llega a la tercera categoría legal: la generalidad. La jurisprudencia, vista desde este ángulo, es un acto de sumatoria o definición jurídicas, de orden claramente jurídico-político, que se adhiere al accionar del Estado, en una de sus formas o manifestaciones más puras, razonables y confiables.

Debemos insistir en que la rigidez del derecho vigente y válido, raramente y sólo desde la atalaya del legislador, marca tendencias acomodadas a los nuevos tiempos, circunstancias o ideologías predominantes. En

cambio, la jurisprudencia es el instrumento *vivo* del derecho, pues a través de ella la ciencia jurídica se colma de realismo social y axiológico, de la impronta política, de las nociones circunstanciales, siempre acomodadas al pulso comunitario, de igualdad, proporcionalidad y equidad. Lo más importante es que no se trata de un razonamiento jurídico y político al vacío o desde el cubículo de un investigador que hace doctrina, sino que es un acto público, pleno de majestad e imperio, con una sensible característica que lo hace científico y no meramente dogmático, o al contrario, caprichoso o arbitrario, pues cuenta con sistema y método, es comprobable en el campo de aplicación y admite ajustes periódicos de acuerdo con su eficacia.

En este sentido, los creadores de la noción de jurisprudencia aseguraron:

Hay dos fines de la sentencia de amparo: el inmediato o directo, que es resolver el caso que se presenta y el indirecto o mediato, que consiste en fijar o interpretar el derecho público y constitucional, sienta las bases de la jurisprudencia. Por otra parte, la sentencia de amparo limita sus efectos al de la cosa juzgada, pues resuelve un caso en que existe controversia entre partes y a la cual éstas se someten. Pero por otra las sentencias trascienden sus efectos más allá del caso particular pues adquieren cierta generalidad al determinar la interpretación o inteligencia que deben tener los preceptos constitucionales, las leyes y los tratados. Los efectos indirectos de la sentencia de amparo no son otros que los de la jurisprudencia constitucional.<sup>95</sup>

Cuando revisamos los pronunciamientos que consideramos más significativos de la judicatura federal en torno a las cuestiones de la justicia, pudimos constatar —y lo mismo veríamos si atendiéramos otras vertientes del quehacer jurídico— que existe una tendencia en el Poder Judicial y en sus resoluciones que refleja vistosamente su línea de pensamiento —razonamiento y argumentación jurídicos— en esos últimos despliegues del siglo XX. No es inmutable la presencia de los órganos jurisdiccionales en el transcurso de nuestra vida independiente, como tampoco la tendencia de sus razonamientos y decisiones. Lo hemos comprobado con la lectura de las resoluciones, y en este inciso con los argumentos vertidos de autores de ambas centurias, XIX y XX, y no puede ser de otra manera. Las resoluciones actuales nos muestran una Corte mucho más

<sup>95</sup> Cabrera, Lucio, *op. cit.*, nota 88.

implicada en la vida sociopolítica del país y no una Corte inhibida ante el realismo fáctico de nuestra comunidad. Hay una Corte que quiere y logra asumir su papel como auténtico integrante del imperio del Estado soberano; es un tribunal, con sus demás órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, que ha asumido una norma constitucional *viva* y que sabe que al interpretarla y aplicarla, resuelve en mayor medida los dilemas jurídico-políticos.

Vimos resoluciones que han logrado llevar los escuetos y, en veces, mal facturados textos constitucionales, ya por laconismo o ya por desbordamiento en la semantización legislativa, a estadios de comprensión no sólo más adecuados a esa realidad axiológico-sociológica, sino más actuales, modernos e implicados en las corrientes novedosas que ya recorren el mundo. Vimos una muestra en las tesis y jurisprudencias que abordaron el tema de la igualdad, a nuestro gusto mal tomados por el poder revisor, pero espléndidamente desarrollados por nuestro más alto tribunal. Encontramos un Poder Judicial dispuesto a una interpretación material de la norma jurídica y no estrictamente formal, y todo para ubicar a la justicia dentro de la realidad sociopolítica vigente, lo que es un avance singular y plausible. La novedosa estructura del Poder Judicial permite el abordaje sensato y racional de temas otrora prohibidos o al menos repudiados por la tradición judicialista, en ocasiones tendiente a la autoinhibición en cuestiones que implicaran la voz o la práctica política, tenida por tabú intocable a partir de aquel traumatismo que afectó la sensibilidad y la psicología colectiva del cuerpo colegiado, como la relativa a la llamada *incompetencia de origen*. Hoy nuestros tribunales se resuelven con soltura y donaire en esas *cuestiones políticas*, no escurren el bulto ante la materia electoral y concentran funcionalmente, en búsqueda de certeza jurídico-política, la resolución de controversias constitucionales que se montan en el preciso y más vivo accionar público y en las acciones de inconstitucionalidad, donde respetuosa, pero firmemente, conocen y resuelven sobre actos del Poder Legislativo, quien no se mira más como omnímodo *hacedor de leyes*, ni donde confundimos, como en años pasados, la vigencia normativa con su validez por responder cabalmente al patrón axiológico de la comunidad.

Hallamos las *tendencias de la justicia* precisamente en esa nueva organización más actual, pero sobre todo, en el acomodo realista de la interpretación constitucional y en la argumentación y razonamiento jurídicos que de ninguna manera podemos tildar de formalistas, normativistas,

dogmáticos, sino muy por el contrario, son resoluciones de claro contenido material bien colocadas en la realidad social y política que hoy nos distingue. Un Poder Judicial que sepa responder a sus tiempos y modos de concebir la vida es sin duda un órgano, una función de la más alta influencia política en la comunidad a la que sirve; en ello no hay desdoro alguno y al contrario, un tribunal, cualquiera que sea, que asume ese papel de protagonista vivo en esa comunidad de hombres brindará *actos de justicia* atenedos a verdaderos principios de igualdad, proporcionalidad y equidad, y logrará, políticamente, la credibilidad y confianza ciudadanas. En la legitimidad de ese poder es natural que sus integrantes, al sumarse al aparato judicial, respondan al origen ideológico de los poderes políticos que tienen por responsabilidad. No es verdad, y ese ha sido un escrúpulo mal entendido, que los hombres y mujeres que sirven a la justicia deben ser entes desideologizados, carentes de toda formación y tendencia política. Eso es confundir el acto de aplicación del derecho, bajo las reglas más formales y rigoristas de interpretación, con la subjetividad de cada órgano judicial independiente. Legitimidad es responder a los valores sociales más caros, y en un Estado democrático de derecho, a través de los principios de representación política y de impregnación de ese “algo” que reviste la búsqueda de la conquista del poder de dominio político, que no es sino la ideología, se basa toda la estructura de poder, en el acomodo ideológico de las fuerzas y de las instituciones.

Hay temas de la justicia que tienen que ver más con sensibilidades sociales, con un *ethos* comunitario, que con el más elaborado razonamiento judicial de orden normativo. Así podemos pensar en cuestiones tan debatidas como el aborto, la pena de muerte, la integración familiar, las facultades discrecionales de la administración, la cultura político-electoral, y muchas otras cuestiones que, se quiera o no, se verán influidas por el pensamiento e ideología de quien imparte justicia. Sabemos que estos argumentos son fuertes o inusuales, pero reales y presentes en nuestra vida cotidiana y de ahí que los juristas —operadores de la racionalidad jurídica— y los políticos —detentadores de la razonabilidad fáctica—, en consonancia con el pulso social, asuman esa responsabilidad tan grave que es encontrar y resolver las fórmulas de designación y permanencia en la función judicial, para no sólo cubrir el aspecto de la escueta legalidad, sino arribar a una auténtica legitimidad de la función jurisdiccional que se reflejará en el tono y tendencia, aceptado o repudiado socialmente, de sus resoluciones.

## XI. EN EL QUIEBRE DEL MILENIO

Al despuntar el siglo XXI la justicia asume un discurso renovado muy digno de estudio y consideración, a la luz de las condiciones impuestas por el llamado *nuevo orden mundial* o muy genéricamente, tal vez equivocadamente, *globalización*.<sup>96</sup> En efecto, en este quiebre del tercer milenio la bibliografía doctrinaria se ha renovado y exige atenciones explícitas a diversos autores que propugnan por esa nueva y más eficiente visión de la justicia. Las aportaciones científicas de los tratadistas que invocaremos no son resultado de un pronto intelectual surgido con el nacimiento de esta centuria. Por el contrario, se trata de autores de pensamiento maduro forjado en los difíciles senderos del derecho y la *iusfilosofía* bajo los auspicios de lo mejor del pensamiento jurídico, social y político del siglo XX. Éstos han tenido la visión y la capacidad propositiva de tan largo y eficaz aliento, resultan ser los pensadores más influyentes en este momento en torno a los temas que nos interesan.

La aprehensión del concepto de *Estado de derecho* no resulta de fácil concretización pues las atalayas para mirarlo, las exigencias y demandas sociales o populares, sin caer en distorsiones peyorativas, las divergencias persistentes en la forma de gobierno adoptada por cada civilización, los distintos tonos de las democracias y la prevalencia aún de regímenes abierta o encubiertamente totalitarios, colocan a la noción en una especie de estado de indefinición o al menos, de imprecisión, en su más cabal descripción. Attendamos una reflexión de Valadés,<sup>97</sup> útil para estas líneas iniciales:

El hecho histórico y cultural que se puede demostrar es que no hay un concepto unívoco de Estado de derecho, aunque sí existen elementos que, en ciertas circunstancias, presentan expresiones homogéneas. Como técnica de dominación, el Estado de derecho deviene en un conjunto de reglas que vertebran el argumento jurídico de cada Estado. La invocación del Estado de derecho es tan familiar en las autocracias como en las democracias, sea porque proporciona argumentos para el ejercicio de la coacción y

<sup>96</sup> Para estos conceptos véanse mis obras *Políticas públicas en materia de criminalidad. Teoría de los escenarios 2000-2030; La lucha contra el delito; Tratado sobre la Ley Penal Mexicana*.

<sup>97</sup> Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM, 2002.



porque ofrece elementos para la defensa de las libertades. Desde el horizonte cultural e histórico, el Estado de derecho es un concepto anfibológico que ha probado su funcionalidad para apoyar estructuras constitucionales diametralmente opuestas.

Y eso que es cierto sin duda alguna, se nos muestra en la circunstancia argumentada por distinguidos politólogos y juristas en el hecho de que si un Estado cualquiera se erije en un *Estado de derecho*, esto es, voluntariamente sometido a un orden jurídico, no significa o no lleva aparejada la vocación de dicho Estado por la democracia. El propio Valadés continúa su discurso dentro de esa línea de pensamiento que tanto afecta o tiene que ver con nuestro tema central: la justicia vista como expresión indubitable del poder público de dominio, de su certeza y seguridad aportada, o al contrario, de su capacidad maléfica de sostener en la norma lo injusto:

Dentro del constitucionalismo democrático, el Estado de derecho adquiere rasgos propios. El tipo de Estado implica el tipo de Estado de derecho, por eso, tendencialmente, los Estados constitucionales democráticos van incorporando elementos comunes que caracterizan al Estado de derecho. En el Estado autoritario el poder obedece a sus propias reglas, que incluyen amplios márgenes de discrecionalidad. No hay, por ende, certidumbre de sus derechos para los destinatarios de la norma; las posibles reacciones del poder no son previsibles y la seguridad jurídica se vuelve intangible. Desde luego, los grados que puede alcanzar esa volátil situación varían de acuerdo con la severidad que en cada momento asuman los detentadores del poder en ese tipo de Estado. En el Estado constitucional democrático, en cambio, existe certidumbre en las relaciones con el poder; las decisiones de los órganos del poder son siempre previsibles y la seguridad jurídica es una garantía general para los derechos fundamentales.

Este diagnóstico del autor mexicano no carece de validez, sin embargo, debemos agregar que esa incertidumbre a que se refiere Valadés, y que para él es propia de los regímenes autoritarios —a mayor autoritarismo, mayor incertidumbre—, contrariamente a la certeza y seguridad jurídica de que están provistos y brindan a la sociedad los Estados democráticos, pues sus actuaciones desde el poder de dominio público son previsibles, no desestima, ya lo advertíamos, que los regímenes autoritarios descansan en un Estado de derecho y se sujeten a su orden jurídico,

con la salvedad de que hallaremos el defecto desde el goce y disfrute de las libertades, en el acto legislativo más que en el aplicativo o interpretativo. Esto es, pueden generar *su* derecho, el que técnicamente podría resultar insuperable —como el surgido del nacionalsocialismo— pero basado en lo injusto, lo desproporcionado, lo proclive a insistir en desigualdades de cualquier naturaleza, lo inequitativo, lo cargado en la falta de normas procesales adecuadas a su apertura democrática. De ahí que la certeza en esos regímenes monolíticos, totalitarios o autoritarios de cualquier signo sea precisamente la única vía: la certidumbre de que será tratado por un conjunto normativo de raíz injusta, cualquiera que sea la decisión, dura o no tanto, del órgano de aplicación. En las democracias, si logramos mirar el aserto de Valadés desde otro punto de vista, esa certidumbre en las decisiones no significa homogeneidad o igualdad a rajatabla que lo único que lograría sería acentuar las desigualdades del mundo fáctico, sino por el contrario, a la luz de la independencia de los poderes o ramas del dominio político cada uno de los órganos aplicadores o intérpretes del derecho asumirá decisiones diferenciadas, pues ansían actos de justicia, juicios de valor no cartabonizados, no clasificados por un régimen jurídico inalterable, amén de o por ello, profundamente injusto. En las democracias, el derecho legislado al surgir de un órgano auténtico de representación popular que no se erige en omnímodo hacedor de leyes, que sabe distinguir entre vigencia y validez de la norma jurídica, y que abreva en su acto jurídico-político de norma suprema, valores sociales y hechos notables, arroja previsibilidad y certidumbre, y su alteración responde a circunstancias consensuadas y aceptadas por la comunidad, y por ello permite que los demás poderes en su independencia y sujetos a las revisiones o impugnaciones del caso apliquen o interpreten el derecho bajo criterios diferenciales, que anulen precisamente las desigualdades ante casos iguales. Hoy día ese es el papel de un *derecho judicial* que empieza a ser prevalente sobre el *derecho legal* y ya repasamos, a propósito, el papel fundamental de la jurisprudencia.

Esto nos insiste en el carácter anfibológico de los términos que ahora manejamos, según ya advirtió Valadés, y por ello es preciso ser cautelosos en el uso del lenguaje y de sus pesos específicos pues es fácil caer en contradicciones. A esto debemos adicionar un factor más que ya hemos abordado desde otra perspectiva, pero que siempre debemos invocar, pues derecho y justicia no viven o habitan un mundo al vacío, sino todo lo contrario, están impregnados de vida sociopolítica y cultural que nun-

ca desatienden, más allá de dogmatismos trasnochados: el tipo de régimen o dimensión que observamos en la dominación política imperante. Cossío<sup>98</sup> nos dice al indagar con éxito sobre una teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia y a partir de atender los supuestos que animan a la Constitución en general: “La posibilidad de satisfacer esta necesidad no implica una decisión arbitraria, sino que deriva de la forma en que está construido el ejercicio y, por ende, la dominación política a la cual nos vemos sometidos”.

Y en ese tenor, él mismo ya había advertido en una publicación de 1999:

Si la dominación política se ejerce con base en el orden jurídico, y su legitimidad deriva de que esa condición se satisfaga, resulta importante darle seriedad a los contenidos y significaciones de esa dominación. No señalar estos extremos, dado que la dominación ya se está ejerciendo, es tanto como claudicar a cualquier esfuerzo crítico y permitir que el ejercicio del poder se ejerza de cualquier forma y, con ello, implicar que cualquier forma de ejercicio es legítima.

Volvemos a hallar esas perturbaciones tan persistentes en nuestro tema, pues como vimos, en los párrafos de Valadés y Cossío, no es posible resolver desde un solo ángulo, para muchos el normativismo estricto, una teoría sobre la justicia o sobre el derecho. A estas alturas es harto sabido que sin caer en fundamentalismos dogmáticos, la edificación de una teoría, que equivale a la erección de una rama de la ciencia del hombre, requiere del cruce y atención a diversos aspectos del acontecer cultural humano. El concepto de legitimidad nos apremia cada vez que damos un paso en este trabajo y todo porque es claro que la enteca legalidad no resuelve nuestros propósitos. Un Estado de derecho bien puede estar alejado de los principios democráticos, o al menos no alentarlos, y si ese poder de dominio político puede invocar legitimidad con el mero ejercicio del poder público, a pesar de invocaciones oportunas y reiteradas al orden jurídico para verse satisfecho, pero vacuas o no explicadas en sus contenidos con la suficiente seriedad, que desde la lectura de Cossío significa el acontecer político o de lo razonable más allá del puro *deber ser* normativista, la justicia, en tanto valor supremo, encuentra en su explo-

<sup>98</sup> Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002.

ración obstáculos, enormes adversidades para no rezagarse en sus avances doctrinarios y prácticos, y para solventar su estructura en estos momentos de tanta exigencia conceptual.

Respecto al problema de la legitimidad, digamos con Valadés:

Es necesario incorporar a las consideraciones que se hagan sobre los problemas del Estado de derecho, la cuestión de la representación y la legitimidad, considerando que estos elementos forman parte de una sola realidad jurídica y del entorno cultural de la norma. Las solas instituciones representativas tienen, como ha demostrado la doctrina contemporánea, numerosos puntos vulnerables (deformaciones en los sistemas electorales, distorsiones mediáticas, fallas en el régimen de los partidos políticos, influencias de intereses, irresponsabilidad de los representantes, entre otras); por otra parte, el principio de legitimidad es bastante más complejo de lo que suele ser considerado, porque implica la necesidad de conjugar tres factores: origen, ejercicio y percepción social del poder.

Esta reflexión nos abre las puertas, franca, naturalmente, a los campos de la justicia. Con relación a la visualización de las normas jurídicas en su entorno cultural imprescindible, hemos sostenido tesis recargadas en las de Mayer, entre otros, para solventar la posición de las normas supremas como verdaderas *normas de cultura* que en su objetivización ya consideraron la realidad más evidente de orden axiológico y sociológico imperante y en tal medida impregnan —vinculantemente— el acto jurídico político de la creación legislativa y de la aplicación e interpretación del derecho. Así mismo, no olvidamos en otros apartados *supra*, la cuestión fundamental del origen de los órganos y sus responsables en el Poder Judicial, la calidad y características del ejercicio del poder o potestad jurisdiccional, ni tampoco lo relativo a la percepción y por tanto credibilidad o no del juzgador ya como entidad autónoma, ya como poder integral. El tema de la legitimidad judicial, y por ende de sus resoluciones, es la vértebra de toda esta construcción editorial, pues si es posible unificar justicia e ideología, tan sólo podremos lograrlo a partir de la cimentación de ese concepto y de salvar los obstáculos que nos advirtieron Valadés y Cossío previamente. Sabemos que sin una concepción clara del Estado de derecho, de la fundamentación debida del poder de dominio y de su anclaje en el orden jurídico, y de precisar el acto de justicia en el entorno de lo social y lo democrático, resultará infructuoso aspirar a una función judicial distinta a los modelos rígidos, autoinhibidos y formalistas de antaño.

Nos empeñamos en centrar un concepto de justicia que, desde luego formalista, se alimente cada vez más de ingredientes materiales. La teoría del derecho no abreva más de la puridad normativa, del normativismo en su más aislada concepción, que por ende reniega de lo axiológico y con ello de los juicios de valor; el derecho actual es ciencia que no se conforma con atender el dogma representado por la ley, así desnuda y sola, sino que sabe que para llegar a su determinante mayúsculo —la justicia— debe tornar en conjunto de normas jurídicas que si en verdad procuran regular la vida comunitaria de los hombres, han de formarse semantizando correcta, precisamente, los valores y los hechos sociopolíticos que informan la vida a partir de los conceptos jurídicos fundamentales. En torno a estas inquietudes traigamos un fragmento importante de la obra de Cossío que logrará explicitarnos estas cuestiones nunca menores:

Hablar de la relación entre Constitución y valores es un tema corriente en, al menos, los constitucionalismos europeo y estadounidense. Las razones que explican esta situación son muy variadas y complejas, pero fundamentalmente se reducen a dos: en primer término, a la forma en que fueron representadas las experiencias totalitarias de la Unión Soviética, Alemania, Italia y España, particularmente en cuanto a considerar que el derecho dejó de cumplir con sus funciones más elementales a fin de impedir ese tipo de regímenes políticos; en segundo término, debido a que fue imposible seguir sosteniendo la idea de que las sociedades eran homogéneas, y las Constituciones, meras representaciones de esa homogeneidad. La aceptación de este segundo fenómeno planteó, a su vez, muy complejos problemas; principalmente, el cómo mantener unida a una sociedad en la que las diferencias entre sus integrantes eran evidentes, reconocidas y legítimas.

Sobre este eterno tema del principio de igualdad fiel acompañante del tema de la justicia, todavía hay mucho que decir y lo haremos *infra* con otros autores, pero el mismo Cossío propone una fórmula para su atención y abordaje eficaz:

La mera textualidad constitucional no podía ser el factor de resolución de los muchos conflictos que se planteaban, en tanto que, al apelar cada grupo o fracción a la Constitución, en ese ejercicio se reproducía el conflicto subyacente. Una de las maneras de salvar, simultáneamente, los dos problemas apuntados era llevar a cabo el reconocimiento de que la Constitución no se agotaba en su textualidad, sencillamente porque ella estaba, a su vez, animada por valores superiores a ella.

Es evidente que con esta llave maestra que nos aporta el profesor del ITAM aún a contrapelo, estamos en mejores condiciones para atender la cuestión de la igualdad y, por supuesto, para dejar despejado el tema tan debatido entre dogmáticos y científicos sobre si la Constitución es mera objetivización de derechos, o amén de su carácter de letra legal suprema es continente de valores sociopolíticos comunitarios, pertenecientes a esa cultura a la que pretende regular. Si la solución es esta última como nosotros proclamamos, el acto de justicia al montarse en una primera fase de la decisión y de la estimativa jurídica, en la norma vigente y válida, está suponiendo la consideración previa de esos valores anteriores y superiores, y en una segunda fase, la de formulación del razonamiento y la argumentación jurídicas al resolver, se vuelve a integrar con mayor acento, con más precisión y actualidad, esa presencia axiológica y sociológica que autoriza y legitima un juicio de valor justo, confiable, equitativo y que ha garantizado trato igual y proporcionalidad. El impacto a la función judicial bajo esta perspectiva es notable. El propio autor, tras reconocer forzosamente el abandono de la dogmática jurídica, reflexiona no muy convencido, dada su formación intelectual, pero tal vez vencido por la realidad jurídica actual, en los siguientes términos:

El derecho no se considera más como un mero conjunto de normas, sino como algo más; la identificación del derecho, por ende, no se lleva a cabo sólo a partir de las normas, sino también de los valores que, como en la decisión de la Corte, se supone que articulan a los diversos preceptos. Finalmente, el sentido de las normas ya no se determina únicamente a partir de su textualidad, sino también del sentido que se supone que les atribuyen los valores que animan el ordenamiento constitucional. Igualmente, se ha presentado una radical transformación en las formas de interpretación del derecho, así como en las formas de razonarlo: el tradicional silogismo, tan del gusto de muchos abogados, se sustituyó por los métodos de ponderación de valores, que tienen diversas especificidades y dificultades.

Se niega a aceptar que la norma jurídica está colmada de valores sociales ya recogidos por un legislador, que sabemos ahora, bajo otras atalayas intelectuales, que no se erige en omnímodo *hacedor de leyes*. Así lo dejamos planteado en *Ciencia jurídico penal* para explicar que la presencia de un derecho fundamental, consagrado en la norma superior, no torna en bien jurídico protegible por la norma penal a capricho, sino siempre en la ponderación de esa norma de cultura y de valores sociales

actuales y actuantes. Se niega porque su formación dogmática se lo impide, pero reconoce, aun *suponiendo* e invocando forzosamente una resolución de la Corte mexicana que alude a ese fenómeno axiológico de la estimativa jurídica y el constitucionalismo, que al menos el derecho moderno debe *crecer* en su concepción, para trascender de un mero conjunto normativo a *algo más*, esto es, un dato de cultura humana que no puede sino ser reflejo del acontecer objetivo y subjetivo de la comunidad a la que se vuelca. Impregnado aún de un fuerte relativismo vienés, quiere tan sólo suponer que los valores articulan los preceptos legales, sin llegar a reconocer que los valores, en rigor, informan y forman la norma.

Es verdad que los conceptos jurídicos fundamentales nos invitaron a manejar silogismos propios de esa lógica formal y así nos encontramos con las fórmulas kelsenianas relativas a las llamadas endonorma y perinorma. Con ello hicimos funcionar la maquinaria casi aritmética del derecho a partir de considerar supuesto y consecuencia jurídicos y de, a partir de la imputación de esta última, operar los deberes jurídicos con derechos subjetivos y sus correlatos. En esta hora del derecho mundial bajo los horizontes de un Estado de derecho, no sólo democrático sino social, en el sentido de *hacer* o promover lo necesario para un auténtico disfrute del trato igualitario y del régimen de libertades y seguridad jurídica, es claro que no podíamos seguir montados en una idea autoritaria del Estado que tantos réditos dejó en el siglo pasado y ha menester recorrer nuevos caminos de una ciencia jurídica que surge y se destina a los valores sociopolíticos de su comunidad.

La nueva Corte mexicana, desde las reformas del 94, en su novena época, ha incursionado con notable presencia en los rumbos y contenidos del derecho moderno y ante tal se ha atrevido a introducir en su razonamiento y argumentación judicial el tema de los valores, como ingrediente insalvable del acto de justicia. Así concebimos el papel del juzgador, como en su momento el del legislador, en tanto titular de la potestad jurisdiccional, nunca más un empleado al servicio dócil del poder de dominio que se atiene a conmutar, resignadamente ante el dictado político del *hacedor de leyes*, el conflicto entre individuos. El papel moderno del Poder Judicial es injerir en la conducción jurídico-política de la República y para ello ha de ser un meticuloso conocedor de la realidad que lo entorna y no un mero formulador de silogismos normativos. Sin embargo, Cossío mantiene dudas muy severas y se cuestiona, sin presentar respuestas, anclado en su remoto pasado intelectual:

¿Tienen los ministros conciencia de las modificaciones que introducen a las representaciones, explicaciones, fundamentaciones e interpretaciones del derecho al argumentar en términos de valores?

¿Es claro para ellos que, al hacerlo, modifican sustancialmente las formas en que hasta ahora ha razonado el derecho en sus sentencias?

¿Qué explicaciones piensan dar para llevar a cabo los cambios en las formas de razonar y emitir los fallos?

¿Qué explica el que de un caso al otro haya decidido introducirse una nueva forma de argumentación?

¿Por qué razones esta Corte puede dar lugar a cambios sustanciales?

¿Qué criterios va a imponerse la Corte para que sus interpretaciones valorativas gocen de algún grado de objetividad y no resulten luego cambiadas sin más por algún otro criterio novedoso?

¿A qué le llaman los ministros “valores”?

¿De dónde se extraen esos valores si es que los mismos son superiores a la Constitución o, al menos, le confieren sentido a los preceptos constitucionales?

¿Qué criterios siguen para considerar que un caso debe ser resuelto mediante valores y, dentro de la gama de ellos, seleccionar aquél que sea relevante o aplicable al caso concreto?

¿Cómo piensan llevar a cabo la ponderación entre los diversos valores a efecto de solucionar el caso concreto?

¿Cómo pueden llegar a conocer los justiciables los valores que los ministros van a tener en cuenta para solucionar el caso?

Para nosotros queda claro que Cossío mantenga esas interrogantes pues de eso tratamos en este empeño editorial: despejar toda reminiscencia o reducto relativista del derecho y estimar a la justicia precisamente como su determinante fundamental, que se resuelve desde una norma jurídica que no se emitió autoritariamente, sino complaciente al elenco, demostrable, definido, descendido desde la retórica y prelación reconocidamente, de valores superiores de orden social, político y cultural de la comunidad dada. El acto del legislador de orden jurídico-político por excelencia y en ello van involucradas las cuestiones de representación política y sensibilidad social, pues su función es precisamente no *inventar el derecho* por revelaciones inmanentes, sino que debe asumir los valores sociales más evidentes, traduciéndolos en conjunto normativo que aspire no sólo a una escueta vigencia, sino a una auténtica validez. Por tanto, ese derecho así nacido que autoriza tomar la norma superior como guía



abstracta de un mínimo fundamental para su cabal y eficaz desarrollo, es a su vez la base, el cimiento insoslayable para un juez de derecho; la potestad jurisdiccional así lo dicta y lo impone y no nos arredran las dudas de Cossío pues, diríamos por ahora finalmente, *de eso se trata* precisamente: de cambiar a un Estado *democrático y social* de derecho y no quedarnos estacionados en aquella férrea dogmática jurídica que tanto sirvió al autoritarismo y a la inhibición y rezago de la justicia en tanto poder auténtico que colabora en la conducción política de la nación. Planteada nuestra posición al respecto, las interrogantes han encontrado ya *supra* algunas respuestas, e *infra* surgirán las mismas al asomarnos a desarrollos de la ciencia jurídica en este milenio.

Sabemos con el autor que venimos invocando que el hecho mismo de que la Corte hubiere decidido argumentar a través de valores no es, *ni con mucho, un asunto simple*. Esa aseveración es una rigurosa verdad y por ello el debate está vivo y abierto en todas las mesas, las académicas y las institucionales, y de sus resultados dependerá la concepción y el desarrollo de la justicia en este siglo. Al menos intentaremos llegar a puntos de conciliación aceptables y a promover nuevos y mejores estadios conceptuales del derecho moderno y de la justicia desde su vertiente funcional, cuanto orgánica, pues de ello depende su credibilidad o no, y su presencia fuerte o enteca ante la comunidad actual.

Posicionado en concepciones más actualizadas y en torno a este debate inicial, Diego Valadés nos brinda una aportación importante:

La preocupación central en cuanto a la vigencia del Estado de derecho en una sociedad democrática consiste en identificar los aspectos situados en el límite del derecho pero en el centro de la política. El Estado de derecho constituye un valor supremo como garantía del sistema de libertades exigidas por la sociedad moderna y consolidadas en la sociedad contemporánea gracias al constitucionalismo. Pero también es indiscutible que en el seno de una sociedad abierta actúan fuerzas que ponen en conflicto a las instituciones democráticas, porque no pueden reaccionar como se haría de acuerdo con los procedimientos preconstitucionales.

Ello es evidente y no sólo vincula al legislador, sino de modo directo al accionar del aplicador e intérprete de la norma jurídica y en ello va, a querer o no, el sistema de valores y las ideologías en juego, a asumir en la solución previo encaramiento de los conflictos de distinta naturaleza

que acaecen en una comunidad. El mismo autor, invocando a Dworkin,<sup>99</sup> nos invita a la siguiente consideración mucho más apegada a la realidad jurídica de hoy: “Dworkin se inclina decididamente por encontrar un balance que permita a la autoridad resolver casos particulares que se encuentren en el límite de la legalidad. Su conclusión es categórica: el Estado de derecho es “más complejo y más inteligente” que la sola aplicación draconiana de las normas”.

Sabemos que tal vez la crítica que podría hacerse a Häberle<sup>100</sup> —dejamos temporalmente a Dworkin, sobre el que volveremos— es que sus reflexiones imponen un estado de desarrollo muy alto a las naciones cuyos constitucionalismos analiza y critica, y supone rangos de Estados postindustriales a sus conceptos, inalcanzables o fuera de toda alternativa a países de menor nivel en su civilización, como los latinoamericanos. Sin embargo, eso no es óbice para no atender sus comentarios, finalmente, para nosotros, estadios anhelados del razonamiento. Es cierto que por más que él atienda circunstancias aún no alcanzadas por Estados como el nuestro, esto no significa que en nuestros empeños racionalistas no miremos en nuestro *deber ser* sus escenarios, ni en los de razonabilidad sus ideales de *praxis* sociopolítica, pues en sentido contrario estaríamos perdidos y de antemano derrotados. Esperaríamos que el poder de dominio político de nuestras latitudes impulsara los horizontes de la obra häberliana y si eso es posible, será por la vía de la jurisdicción, función decantada y de mayor nivel de cultura que otros órganos menos proclives al desarrollo, al menos, a la velocidad que esperamos y de ahí que poniéndonos en dicha situación no veamos porqué, al dudar Cossío de sus capacidades, nuestra Corte no pueda y deba analizar y ejercer sus funciones desde la atalaya axiológica pues sobran capacidades intelectuales y de formación cultural en los juzgadores. El autor alemán precitado propone en su tesis central que la Constitución no se limita a ser un mero conjunto de disposiciones normativas, *sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural* que por supuesto, sugiere Valadés, se forma “por la suma de ideas, valores, actitudes, experiencias y expectativas individuales y colectivas, relacionadas con el orden normativo”.

Así es como vemos la novedosa posición de la Corte mexicana que tanto extraña o que le impone dudas de potencialidad a Cossío, circuns-

<sup>99</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard, Harvard University Press, 1978.

<sup>100</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM-III, 2001.

tancia que desde nuestro punto de vista no resulta insalvable de ninguna manera, pues el calibrar dicho *desarrollo cultural* está en manos —inteligencias— de los detentadores de la potestad jurisdiccional y con bastantes posibilidades. El menosprecio mostrado en las preguntas, un poco sarcásticas, no se justifica y nos parece que lejos de dudar, nuestro deber es impulsar ese nuevo estadio de una justicia mucho más comprometida con el derecho *vivo*, con su materialidad, con la ciencia jurídica y no rezagado con una timorata dogmática ya muy rebasada en sus concepciones y estructuras.

Si nos proponemos volver a lo básico, como expresan los angloamericanos, tendríamos que reconocer en primer lugar la evolución evidente del constitucionalismo occidental —que en otras partes hemos llamado universal o mundial para hacer mención a *nuestro* entorno de estudio, alejado de lo africano o asiático, por ejemplo— y así lo hemos visto vestirse —finalmente todo es *acumulación de obras*, según expresión de Recaséns— de liberal, de social, de democrático y ahora constitucionalismo cultural. Todas esas fases que la doctrina aporta significan etapas, pasos que cuentan para llegar al momento que vivimos; en sus características hallamos los contenidos que les van brindando nomenclatura. Así, todavía en los inicios del siglo pasado campeaba un liberalismo evidente fraguado durante todo el XIX y se estructuraban los clásicos derechos de libertad, propiedad, igualdad y seguridad jurídica, según podemos colegir de nuestros más relevantes textos constitucionales en vigor. La primera posguerra nos allegó el constitucionalismo social —México, Rusia y Weimar— al presentarse nuevas circunstancias frente a los derechos de clase en la Revolución Industrial, y de tal manera vemos emerger los derechos de coalición obrera, huelga, contratación colectiva y equidad entre los factores de la producción. Esto, dicho sea entre paréntesis, trajo un Estado protagónico, si se quiere intervencionista y es válido verlo como autoritario, pero no pensemos que es una característica socorrida del México del siglo XX, pues el fenómeno fue prácticamente universal, con sus matices, pues así lo requirió el orden internacional establecido, la circunstancia geopolítica y la reestructuración institucional interna de cada país. El paso al constitucionalismo democrático es resultado de la segunda posguerra, aparece la Ley Fundamental de Bonn y se propende al parlamentarismo, a la limitación del liderazgo desde el Ejecutivo y a impulsar sistemas jurídico-electorales más democráticos, abiertos, creíbles, e imparciales. El *nuevo orden mundial*, al derrumbe de los muros y corti-

nas y la desaparición de la llamada Guerra Fría, nos ha traído un constitucionalismo cultural que refleja derechos colectivos relativos a intereses de todos, como el derecho a un medio ambiente adecuado, a la intimidad, a la no discriminación, a la información, a la diversidad cultural. Si vemos este repaso a vuelapluma desde la óptica ya revisada de Häberle y los comentarios atinados de Valadés, descubrimos ese *grado de desarrollo cultural* que informa a la Constitución, que no es un mero conjunto de disposiciones normativas.

El derecho moderno mantiene todas esas características conviviendo y haciéndolas funcionar, cada cual en su propia circunstancia, sin intercepciones o vulneraciones de una categoría histórica a la otra. El Estado simultáneamente debe abstenerse ante el valladar liberal y promover, impulsar, y hacer en el ámbito de lo social, para lograr que el ejercicio cabal de los derechos de toda naturaleza (individuales, de clase o colectivos) sea sustentable y posible en la realidad fáctica. Este grado de desarrollo cultural que alimenta a la Constitución y frente a un Estado democrático y social de derecho impulsa a las organizaciones del poder de dominio político a actuar desde la creación legislativa, hasta los actos más amplios o concretos de aplicación de la norma, o de su interpretación en la solución de conflictos o controversias, siempre atendido a su real vinculación jurídica en todas esas fases de lo público, con los derechos fundamentales.

Ante el acto de justicia como manifestación del poder político de su imperio legítimo, el Estado resuelve monopólicamente en la argumentación y razonamiento judicial, en su fallo, en la decisión de lograr un trato igual para todos en circunstancias iguales, equidad y proporcionalidad, de ahí que ante las características modernas de este poder público, las ramas o funciones requieran de su cabal autonomía, armonía y respeto mutuo. La independencia del Poder Judicial tiene su reflejo mayor en la aplicación de la potestad jurisdiccional y ésta encuentra en cada órgano de la gran unidad judicial una entidad dotada del poder capaz de resolver, conforme a interpretación formal y material del orden jurídico plenario, basado en la norma suprema, que es una *norma de cultura*. El desarrollo de ésta está a cargo de un Poder Legislativo no omnímodo, sino vinculado a normativa, valores y hechos sociales, pues busca emitir regulaciones vigentes, pero sobre todo, válidas. Ese desarrollo de los derechos fundamentales también descansa en la actuación de un Poder Judi-

cial *inteligente* como quiere Dworkin, no un mero aplicador automático de la normativa, en su más escueto silogismo lógico-formal.

Eso en el *ius dicere* se logra mediante acciones del razonamiento y la argumentación jurídica. El juez se basa en la más pura *racionalidad* jurídica ante el insalvable *deber ser*, pero innegablemente en la *razonabilidad* que le aporta la noción sociopolítica y cultural de *su* comunidad cualquiera que ésta sea o de las dimensiones geográficas, poblacionales o simplemente políticas o económicas que ostente. Por ello es inevitable que el juzgador moderno se esfuerce en juzgar con base en valores, se integran por ideología, actitudes, orden axiológico, experiencias y expectativas.

Sería ingenuo o al menos obsoleto pensar en una justicia del siglo XXI montada en aquel liberalismo del XIX o en la dogmática jurídica que surgió como respuesta a las corrientes decimonónicas y que propició el alejamiento de *iusnaturalismos* o determinismos positivistas. El agnosticismo dogmático ya no resuelve los problemas de esta hora y es precisa la actuación de jueces de derecho, concedores cabales, para infundirlos en sus razonamientos jurídicos del entorno axiológico y sociológico que los alimenta y al que vuelcan ese sentimiento generalizado. De ahí que el actual *ius dicere* se impregne de valores que cada sociedad asume en cada época y que descendéndolos de la retórica, la ética, y la apologética, los define, los semantiza objetivamente, los incorpora a las categorías jurídicas fundamentales para darle validez al orden jurídico y permitir una interpretación judicial de él mismo, recargada en formalismos, pero fundamentalmente y por sobre todo, pues aspiramos a justicia y no a impecables edificaciones normativas, en cuestiones de evidente contenido material.

El juzgador moderno sabe y debe combinar su sapiencia jurídica con su estricta y prelacada comprensión —comprender no es un mero conocer— del esquema axiológico y sociológico que conlleva lo político y cultural, para razonar y argumentar en la búsqueda de una resolución justa. Pero no asumamos que la *ideología* o la *política* sean voces que a los más puros pueden causar escozor, porque en su sentido peyorativo, en el peor de ellos, han cobrado mala fama, quizá justificada, pero no es este el caso que referimos. Hablamos de una justicia alejada de entecos formalismos a la luz de un derecho siempre incompleto e imperfecto, y acercada con sapiencia y prudencia, con ciencia y conciencia, a los valores más caros de la comunidad. De ahí las críticas y los temores de los

más puros, de los más rezagados, que esa tabla valorativa a considerar en el acto de justicia requiere irse cincelando, moldeando, perfeccionando y qué mejor que se logre por la vía de la jurisdicción, pues hoy día no es totalmente clara, no alcanza un estadio catalogado como quieren los normativistas y se apela entonces a la formación intelectual, filosófica, social y política del que juzga.

Esto siempre ha sido así, pero espíritus mojigatos, excesivamente retraídos, han querido entender que quien juzga es un sacerdote oculto en su templo, ajeno al discurso sociopolítico, cultural e histórico de la comunidad a la que pretende servir, y así montamos verdaderos fariseos en los estrados de la justicia. Recordemos en sentido contrario, casos de tribunales comprometidos en la edificación del Estado mismo, como lo fue la Corte de Marshall en los inicios del XIX.

Hemos pasado revista a los escépticos del llamado *juicio de valor* en la estimativa jurídica basada en valores, y hemos dado argumentos para tratar de vencer tal escepticismo, reducto de eras relativistas pasadas. De antemano parece que nuestra visión, que por supuesto es la de muchos pensadores, ha venido doblegando tan férrea idea y podemos constatar a través del pensamiento del propio Cossío quien, sin mucho convencimiento, acepta la nueva tendencia y que para indagar en torno a la *teoría constitucional* de la Suprema Corte mexicana se funda en un análisis muy cuidadoso y meticuloso de las resoluciones de nuestro más alto tribunal, al menos en su historia reciente digamos post revolucionaria, y así llegar a conclusiones en torno a esa *teoría*, que no es otra cosa, si de ciencia social hablamos, que la ideología presentada por la jurisprudencia en sus distintas épocas. Podremos estar o no de acuerdo con las apreciaciones del autor, pero lo que sí podemos adherir a nuestro pensamiento es el método seguido, ya que a pesar de sus reticencias a aceptar presencias valorativas de orden ajeno a las estrictamente formal-jurídicas, advierte tendencias en la Corte que no pueden tener otro apellido que el de ideológicas.

El esfuerzo de Cossío es mayúsculo, verdaderamente titánico, y es de alabar en bien de un conocimiento profundo de nuestras instituciones y la forja de nuestro derecho. Él llega a sus propias apreciaciones dejándonos ver que incluso los más escépticos pensadores del juicio colmado de valor —con su imprescindible toque político— hallan en la ideología, impregnada en la revelación de la potestad judicial, los cimientos de una probable *teoría constitucional*.

Tras ese minucioso estudio de las resoluciones emitidas, él observa en la Corte cuatro épocas bien diferenciadas, según la carga ideológica de ésta, reflejada en el pensamiento de sus integrantes, cuyo origen en la designación proviene de decisiones políticas de los poderes políticos —Legislativo y Ejecutivo— con más o menos acento en uno u otro, y que no podría redundar, sólo bajo un pensamiento muy ingenuo, sino en *cargas* ideológicas en el momento de esa integración de los tribunales.

A lo que él llama el *periodo liberal* de esa Corte post revolucionaria, que corre de 1928 a 1934 —antecedido por un periodo sin mayor influencia que la del propio Constituyente, que va de 1917 a 1928—, le asigna un papel suficientemente imbuido del siglo XX, pues ya no se ocupan de insistir, todavía bajo los alientos de 1857, en torno a la supremacía y delimitación constitucionales. En cambio, las resoluciones de esa era se ocupan del desarrollo de las garantías individuales, a *partir de lo que podemos llamar un enfoque liberal*. Concluido este periodo *liberal*, en 1935 trocamos a una *Corte socialista* que descansa en la ideología cardenista hasta 1940; en ese periodo sabemos de la irrupción más fuerte de los grupos vencedores en la Revolución Mexicana: el movimiento obrero organizado, la reforma agraria y el desarrollo de las clases medias populares. Por supuesto, en esas resoluciones judiciales se nota una merma del garantismo individual frente al de tipo social. Sigue lo que nuestro autor denomina el *periodo estatista*, que corre muy libremente de 1940 a 1994. Ahí observa un protagonismo de la Corte *minimalista*, para, según sus postulados, no distorsionar la actividad gubernamental tan envolvente y autoritaria. Esto se refleja en el siguiente párrafo: “Los criterios de la Corte perdieron generalidad, y se redujo también con ello sus posibilidades de control constitucional por la Corte, sencillamente porque entre más reducido es el criterio, más posibilidades existen para que los actos de autoridad puedan considerarse válidos”. Él ve una Corte siempre apegada a la *voluntad del legislador* como criterio prevalente en las resoluciones judiciales.

Acota el último periodo a los años de 1995 a 2000 sin comprometer su pensamiento en el México de la alternancia política. Se contempla ya el impulso, visto desde 1986, de darnos un Tribunal Constitucional, lo que nos entrega una fuente de explicación constitucional, pero sesgada de una verdadera teoría, y en cambio circunstancial y probablemente caprichosa, según el momento y el caso a analizar y derivada la naturaleza

nueva de esas resoluciones sólo de las nuevas competencias otorgadas con las reformas desde 1995.

No es el caso ni el momento para debatir en torno a las calificaciones de Cossío respecto de la Corte mexicana en sus diversas etapas, pues podemos coincidir o no respecto de sus apreciaciones subjetivas. Es innegable que en algunos puntos no estamos de acuerdo, a guisa de ejemplo que le achaque a la Corte el mote de *minimalista* en su transcurrir de fines de los cuarenta a ya iniciada la década de los noventa, nos parece una exageración subjetivista. Lo que sí nos deja es su intento y su método de trabajo laudable desde nuestra óptica, pues nos muestra nítidamente la correlación efectiva y palpable entre justicia e ideología.

Para arribar a esta concepción nos hemos valido de la noción de interpretación normativa, que es precisamente el acto jurídico en el que puede o no vaciarse la ideología, la tabla axiológica, los pulsos sociales que el aplicador o juzgador mantienen como su pertrecho personal, y por ello subjetivo y que desde luego informa al acto de justicia. Sobre la interpretación jurídica, Tamayo<sup>101</sup> nos lleva de la mano para explorar sus acepciones y alcances:

La ciencia jurídica es un esquema de interpretación (*Deutungsschema*) que permite entender el comportamiento humano como condición o consecuencia de normas jurídicas. Sólo desde este punto de vista es posible entender la conducta humana como “actos jurídicos” y entender sus modalidades deónticas. Los hechos empíricos de conducta serán entendidos como actos prohibidos, permitidos u ordenados jurídicamente, sólo desde ese punto de vista.

Y desde luego para confirmar su aseveración, nos explica su concepción en torno al “material” jurídico y su interpretación:

Una de las particularidades que ofrecen los objetos conocidos como formando la experiencia jurídica es que, en cierta medida, constituyen un texto lingüísticamente hablando o se presentan como lenguaje. “Todo derecho —dice en cita a Capella—, tiene como condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje”, a este lenguaje voy a denominarlo: “lenguaje jurídico prescriptivo”.

<sup>101</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, “Interpretación constitucional”, en Vázquez, Rodolfo (coord.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, DJC, Fontamara, 2002.



Tras hacernos ver con razón que a partir del “material” jurídico que encontramos en el derecho escrito, como normas jurídicas ya redactadas, “cualquiera” puede interpretar, brindándole a los mismos un significado determinado, entonces recomienda:

No obstante, es posible determinar dos grandes tipos de interpretación jurídica, atendiendo a la situación que guarda el intérprete en relación con los materiales jurídicos que se van a interpretar. Estos dos tipos de interpretación pueden denominarse: “interpretación positiva” e “interpretación dogmática o doctrinal”.

Respecto de la llamada *interpretación positiva*, que se observa en la actuación de la autoridad competente y este apellidado es necesario, nos explica Tamayo:

Es fácil observar que los materiales jurídicos en razón de su función prescriptiva, se encuentran dirigidos a ciertos individuos, los cuales tienen que hacer uso de estos materiales, es decir, tienen que aplicarlos. Los individuos que se encuentran en la situación de aplicar o ejecutar los materiales jurídicos son llamados “órganos”.

Para que el órgano pueda aplicar estos materiales jurídicos, es menester que establezca qué dicen.

De lo anterior se desprende que los materiales jurídicos reciben, por parte del órgano aplicador, cierta interpretación de la cual depende la forma en que es aplicado el derecho. La interpretación positiva o auténtica juega, así, un papel definitivo en el procedimiento de creación del orden jurídico: el órgano aplicador, al decidir el significado que guarda el lenguaje jurídico que aplica, decide el curso subsecuente del derecho. En la interpretación positiva o auténtica la interpretación se manifiesta en actos o voliciones cuyo resultado son materiales jurídicos que completan un particular sistema de normas jurídicas.

El acto de interpretación que realiza el órgano aplicador es, siempre —en atención a su carácter subjetivo— más o menos arbitrario.

Así pues, el significado que se le da al lenguaje jurídico dependerá de la cultura, de los sentimientos, instintos, credo político o religión, del órgano que interpreta.

Lo descrito por Tamayo es de tal nitidez y se aviene de tal manera a nuestras disquisiciones que no precisa de mayor desarrollo, pues ya el lector podrá conciliar estos asertos con las líneas que le preceden y que

han tratado de colocar en su exacta y “viva” dimensión el acto de justicia, como interpretación judicial del orden jurídico conforme a valores —subjetividades de distinta naturaleza— que encierran, entre otros, el relativo a la ideología del órgano interpretador.

Pero aun si abrevamos de pensamientos jurídicos de enorme severidad en sus invocaciones a la hermenéutica jurídica, que por razón natural pudieran mirar con repugnancia algunas de las reflexiones previas, que admiten contenidos axiológicos en los actos de justicia, como Capella,<sup>102</sup> inspirador de muchos de nosotros, hallaremos inflexiones y reflexiones respecto de una línea rígida de razonamiento, capaces de arribar a nuestros puntos de vista. Nos dice:

A la autoridad jurisdiccional se le someten referencias a hechos acaecidos. Estas referencias pueden ser incompletas o sobreabundantes, falsas o contradictorias. Por tanto es necesario establecer una *reconstrucción intelectual* del material fáctico relevante. La instancia jurisdiccional ha de superar para ello, a su vez, tres dificultades: tener acceso al material fáctico necesario, obtener tal acceso por los métodos jurídico-procesalmente autorizados, y decidir lo que es relevante y lo que no lo es. La superación de cada una de las dificultades no es independiente de las demás, de modo que en la reconstrucción intelectual de los hechos es preciso proceder a ajustes sucesivos para superar las tres exigencias, lo cual no siempre es posible.

Sentado el rigor de Capella en su concepción sobre el acto jurisdiccional y las adversidades fácticas y jurídicas que enfrenta para consumar su tarea, que nosotros jamás hemos dejado de lado pues sus exigencias se montan en circunstancias más adjetivas que sustantivas, es desde este último punto de mira como en todo caso podríamos hallar algún inconveniente, pero el mismo autor tras afirmar lo anterior reconoce abiertamente que *la autoridad jurisdiccional ha de seleccionar los elementos del discurso jurídico público*, con lo que nos autoriza, dado lo laxo de la expresión utilizada, a estimar en ese discurso todos los contenidos que informan la denominada *reconstrucción de hechos*, y una vez cumplida esta etapa colmada de *juridicidad cultural*, ha de *interpretarse* por la propia autoridad jurisdiccional, o sea, ha de darle significado jurídico a aquellos elementos del discurso y por supuesto, en el seno de un entorno integral. Por lo tanto:

<sup>102</sup> Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Madrid, Trotta, 1999.

El conjunto de las operaciones intelectuales y volitivas del intérprete dotado de autoridad está condicionado por las normas jurídicas que gobiernan su propia actividad. Pero para comprender su actuación también importan los rasgos que tiene en cada caso la estructura del sistema institucional en que se halla inserto.

Y ese *sistema institucional* no es otro, aunque Capella podría estar tratando de disimularlo, que el complejo sociopolítico y cultural que entorna al juzgador, quien a su vez es reconocido por este autor como ser humano plenario:

De todos modos conviene destacar que pese a estar su actividad dirigida por normas y condicionada por una estructura institucional, cualquier intérprete dotado de autoridad es un ser humano, es decir, algo completamente distinto de un autómeta. La interpretación de autoridad queda por ello abierta a una relativa indeterminación básica, pues cada intérprete sostiene un conjunto de valores, ideales, representaciones intelectuales de la función desempeñada, pasiones, modos de pensar, etc., que no puede dejar de operar.

Ángeles Ródenas<sup>103</sup> realiza un espléndido estudio asumiendo el comparativo doctrinal de cuatro sistemas diversos y por supuesto apuntando su propia opinión en torno al *razonamiento judicial* que ahora nos interesa ya que integra, como se ha visto, el meollo de nuestras elucubraciones a lo largo de estas líneas. Ella misma nos explica su empeño en las líneas introductorias de su obra, diciéndonos que: *en este trabajo realizo una aproximación a la forma en la que las reglas de mandato se integran en el razonamiento práctico de los órganos judiciales.*

Es preciso decir con ella, como presupuesto ineludible de la actuación judicial, que *el derecho determina positivamente la conducta de los jueces* y más allá de los supuestos de error de primero (*experiencias recalitrantes*) y de segundo grado (perturbaciones en el juicio de prevalencia, entre razones, normativo), *las reglas operan como razones perentorias para la acción.* Los jueces nunca son libres para decidir si aplican o dejan de lado una norma; su función integral no puede quebrantarse y deben, *a fortiori*, conocer y resolver.

<sup>103</sup> Ródenas, Ángeles, *Razonamiento judicial y reglas*, México, BEFDP, Fontamara, 2000.

La autora repasa el pensamiento de Regan<sup>104</sup> haciendo alusión a su concepción y clasificación respecto de las llamadas reglas indicativas que tienen por propósito *dar cuenta del papel que juegan las normas de mandato en el razonamiento práctico de sus destinatarios*, esto es, el juzgador en nuestro caso. Comenta:

Pero la concepción de Regan nada nos dice sobre cuál es la pretensión normativa que el derecho mantiene. De entrada podemos descartar que el derecho pretenda que los destinatarios de sus reglas tomen éstas como absolutamente transparentes. La existencia de lo que entendemos por sistemas jurídicos es incompatible con la pretensión general de que sus reglas sean sólo obedecidas, si el sujeto al que se dirigen tiene la plena certeza de que ésta conduce a la decisión correcta. Parece más tentador situar la pretensión normativa del derecho en el extremo opuesto: en el de la absoluta opacidad. Pero esta opción tampoco está exenta de problemas. Para empezar, como se deduce del análisis de Regan, exigir que los destinatarios de las reglas tomen éstas como obligatorias, sin atender a las razones que las justifican supone mantener una pretensión claramente irracional.

De donde lo racional será, precisamente, el *deber ser* del orden jurídico plenario comprendido como sistema normativo surgido de y volcado a la comunidad social colmada de valores. Este modelo sobre *la concepción de las reglas indicativas* de Regan, quien se inspiró a su vez en las tesis de Raz que a continuación revisaremos con Ródenas, no nos aporta mucho más allá de lo que ya hemos argumentado en torno a la función jurisdiccional.

Nuestra autora mira con mayor entusiasmo académico la obra de Raz<sup>105</sup> quien propone al *derecho como sistema excluyente*. Nosotros argumentamos que para contextualizar correctamente el pensamiento de Raz hay que contrastarlo no con la impregnación de ideología por parte del juzgador, en tanto saludable y presente formación subjetiva de éste, sino con lo que podríamos denominar la *justicia política* que cargada de ingredientes extrajurídicos propende a atender los dictados de la oportunidad y conveniencia políticas del poder público, con lo que nunca he-

<sup>104</sup> Regan, Donald, *Law's Halo*, Oxford, Philosophy and Law, Coleman y Frankel (eds.), Basil Blackwell, 1987; "Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom", *Southern California Law Review*, 1989.

<sup>105</sup> Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982.

mos estado de acuerdo y ni siquiera estimamos en nuestras líneas de reflexión.

Con lucidez extraordinaria Ródenas va diseccionando el pensamiento raziano en torno al derecho y podemos tomar algunas de sus explicaciones y desarrollos, a fin de plantearlo de la manera más breve y esquemática posible. Empieza por decirnos que “Para Raz, el derecho se presenta como un conjunto de pautas autoritativas y requiere el reconocimiento de tal pretensión por parte de todos aquellos a los que se aplica”.

De tal manera que en esta interpretación de Raz se pretende que las normas jurídicas integren una *razón suficiente* para producir conductas conforme a derecho. Esto que pudiera parecer ingenuo desde un punto de vista muy pragmático, compone la vértebra fundamental de esta tesis y desde ahí debemos partir. Ródenas explica la salvedad que empieza a otorgarle realismo a tal posicionamiento:

Como muestra de tal pretensión, Raz señala que muchos sistemas jurídicos contienen disposiciones destinadas a permitir a los individuos desviarse de lo que, de otra forma, sería un requerimiento jurídico obligatorio, si ellos mismos se consideran obligados por poderosas razones a hacerlo así.

En el pensamiento que revisamos, tal desviación ha de estar específicamente permitida por el propio orden jurídico. Traemos a colación, en materia penal, el caso destructor de la culpabilidad, esto es, la posibilidad de fincar un juicio de valor reprochante de la conducta injusta y punible por una *no exigibilidad de otra conducta o de conducción conforme a derecho* que se contiene regularmente en los textos legales, aunque desde nuestro punto de vista eso es irrelevante, pues estando presente la excluyente de responsabilidad, en el mundo metajurídico, necesariamente debe integrarse a ese juicio de valor que corresponde al juzgador.

Para explicar ese sentido raziano de tanta formalidad, expresémosnos en palabras de Ródenas:

Precisamente, otro de los elementos nucleares de la teoría raziana del derecho lo constituye su análisis de las normas —y de manera especial de las normas de mandato— desde el punto de vista de las razones para la acción. Dicho análisis le lleva, como es bien sabido ... a diferenciar entre razones de primer orden y razones excluyentes, y a postular la caracteriza-

ción de las normas de mandato en términos de razones excluyentes. De manera que la noción de razón excluyente sirve a nuestro autor para dar cuenta de la forma en la que se desenvuelve la pretensión de autoridad del derecho.

En la deliberación práctica Raz distingue dos niveles: uno muy elemental, con razones de primer orden, que bien pueden tener un carácter operativo o simplemente auxiliar. Para explicar esto Ródenas acude a dramatizaciones que el propio autor propone. En la parte operativa de las razones encontraremos deseos personales del intérprete, valores o intereses y eso implica, nos dice, *tener una actitud crítica práctica*. En esto, hay que decirlo, no intervienen cuestiones morales de aprobación o no; *la actitud crítica práctica* —afirma Raz— *se dirige a la racionalidad, fuerza de voluntad y eficacia de las personas de que se trata*. En ello nosotros hallamos esos ingredientes en la decisión que ya hemos mencionado en el proceso de razonamiento: efectivamente lo racional, pero indefectiblemente, lo razonable, fundado en el auténtico *poder ser*, que complementa el escueto y utópico *deber ser*, con lo que aspiramos a llegar a esa eficacia requerida.

Entonces surge la primera proposición o principio raziano: *es siempre el caso que se debe, considerando todas las cosas, hacer lo que se debe hacer sobre la base del balance de razones*. Tal balance desde esa posición de crítica práctica se logra siempre a partir de todo el entorno del destinatario de la norma jurídica.

Ródenas dice que existe, pues no podría agotarse en ese principio el razonamiento, un segundo nivel del mismo que ya no resulta tan intuitivo. Se trata de mirar reglas previas para decidir:

Según Raz, adoptar una regla ... supone dejar de tomar en consideración todos los factores relevantes para juzgar los méritos del caso. No se tienen en cuenta tales factores porque se acepta una *razón excluyente* para guiar la conducta en ciertos supuestos. Raz admite que esto no es óbice para examinar alguna vez la justificación de la propia regla. Pero señala que si se reexamina la regla en cada ocasión en la que se aplica, entonces no es regla lo que se ha adoptado.

En el pensamiento de Raz las razones excluyentes prevalecen siempre cuando están en conflicto con las de primer orden, sobre éstas y las acaban excluyendo. Bajo esta lógica es natural que así sea, pues trocamos lo

meramente intuitivo y metajurídico del razonamiento crítico práctico ante una circunstancia dada por una regla previamente establecida, al surgimiento del eventual conflicto.

Así, emerge el segundo principio raziano: *no se debe actuar sobre la base del balance de razones si las razones que inclinan el balance son excluidas por una razón excluyente no derrotada*. Para nosotros dicha *razón excluyente no derrotada* es precisamente la norma jurídica de interpretación a la que Raz denomina *regla* y que por supuesto sustituye a las razones operativas, pues aporta en relación con la calidad o magnitud del conflicto un soporte general, obligatorio y coercible que brinda certeza y seguridad jurídica. No pasemos por alto que la creación de dicha regla ya fue tamizada por valores sociales en el acto jurídico-político de legislación.

El tercer principio de Raz supone la validez del segundo y por tanto intercambiamos la crítica práctica intuitiva por: *es siempre el caso que se debe, considerando todas las cosas, actuar por una razón no derrotada*. Y esto nos lleva directamente a nuestras visiones sobre la interpretación jurídica, pues bajo este principio estamos en presencia de una mezcla saludable en ese accionar entre derecho (razón no derrotada) y valores sociales integrales (“todas las cosas”) considerados necesariamente. Esa mixtura que alentamos es denominada por Raz como *razón protegida*, pues en su pensamiento: *esta combinación sistemática de una razón para realizar el acto exigido y una razón excluyente para no actuar por ciertas consideraciones*, implica que el intérprete asume el derecho tamizado en su creación, pues no surge de revelaciones inmanentes y que hallamos en esa razón excluyente, como riel o guía, para no extraviarse en subjetivismos u oportunidades políticas o de otro orden, pero también trae a su razonamiento razones exigidas por el entorno sociopolítico y cultural determinado.

Ahora ¿cómo se comporta este pensamiento raziano en cuestiones de jurisdiccionalidad? Respondamos guiados por la pluma atinada de Ródenas:

En suma, los órganos primarios (jueces y tribunales) deben considerar al sistema jurídico como un sistema excluyente. Sus normas excluyen la aplicación de razones, estándares y normas que no pertenezcan al sistema o no sean reconocidas por él. El *punto de vista jurídico* es un punto de vista excluyente.

Este aparente endurecimiento de Raz en el acto de justicia formal nos indica un alejamiento de nuestras búsquedas en valores para cimentar la estimativa jurídica, pues debemos tener siempre presente, sin equivocarnos por los términos de la redacción, que para nuestro autor, en primer término, la interpretación por los jueces es constitutiva de *razones excluyentes*, esto es, es hecho y acto de creación del derecho, lo que conlleva en segundo término a recordar el tercer principio que recomienda actuar conforme a normativa jurídica, pero siempre *considerando todas las cosas*, así tenemos la fórmula de que nuestra ciencia jurídica es un dato cultural del hombre y no escueta o fría dogmática.

Ródenas nos otorga un argumento central para reforzar nuestro propio aserto:

En consonancia con esta argumentación de Raz, Josep Aguiló señala que al derecho no sólo no le son indiferentes las razones que los jueces y tribunales emplean para justificar sus decisiones, sino que tampoco se desentiende de los factores que motivan la actuación de los jueces. Dicho en otros términos, el contexto de descubrimiento de las decisiones judiciales no es tampoco irrelevante para el derecho.

Hasta aquí podemos ubicar el pensamiento de Raz entre los miembros del elenco dogmático o férreamente positivista visto desde el ángulo del normativismo o relativismo vienés. Vayamos con Ródenas al análisis de su tercer autor en este recorrido por los criterios doctrinarios en torno al razonamiento judicial que ella misma ha propuesto.

Nuestra autora continúa con el pensamiento reflejado en Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero<sup>106</sup> para llegar a su tercer aspecto en estudio y que coloca las *razones excluyentes* que acabamos de ver en Raz, pero sobre la base de distinción entre reglas que éste maneja y los principios que advierten los autores españoles ahora en comento. En este pensamiento veremos dos aspectos diferenciadores: por un lado esa distinción entre reglas y principios, y por otro, una nomenclatura diversa para las *razones protegidas* de Raz, que ahora denominan *razones perentorias*. La diferenciación entre reglas y principios es de orden funcional, aunque

<sup>106</sup> Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996; *A Theory of Legal Sentences*, Boston, Kluwer Academic Publ., 1998; *De nuevo sobre principios y reglas*, ponencia, Tampere, 1998.



ambos conceptos presentan una misma estructura básica. Ródenas afirma en este aspecto: *tanto las reglas como los principios correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta*, de tal manera que en su estructura más acabada sí llegan a presentar distancias, pues se dice, *los principios configuran los casos de forma abierta y las reglas en forma cerrada*.

Las propiedades que conforman el caso son un conjunto finito y precisamente cerrado, todo lo contrario a lo que sucede en los principios en los que esas propiedades de los contenidos del caso no se formulan en una lista cerrada, con lo que afirman los autores: *la indeterminación que afecta a éstos (los principios) sería en suma, más radical que el de las reglas*. Ellos ejemplifican con un caso de raíz identificable: una regla nos diría que a trabajo igual salario igual entre el hombre y la mujer; un principio nos hablaría de la prohibición de discriminación en razón de sexo.

Vemos esta estructura diferenciada en esos términos, aunque en sus bases son iguales desde el plano funcional que de inicio nos mostró Ródenas. Tanto los principios como las reglas, *ab initio*, se destinan a los jueces que Raz llamó órganos primarios. Ellos en su función reconocen en las reglas *razones protegidas*, esto es, normas jurídicas en mixtura con razones intuitivas que ahora nuestros autores denominan *razones perentorias* para la acción; éstas resultan también de la combinación de esa razón de primer grado (intuitiva) y de una excluyente (normativa). Por cuanto hace a las reglas, el funcionamiento es igual que el revisado en Raz, pero al distinguirlas de los principios, ellos ven en tal noción ausencia de esas *razones protegidas o perentorias*. Esto es fundamental, pues tratándose de principios, éstos no evitan bajo ninguna consideración la deliberación jurisdiccional sobre el contenido de su resolución; son en rigor, escuetamente, tan sólo razones de primer orden, sin mixtura alguna, para resolver los conflictos planteados en concreto. Incluso, la posible controversia entre principios es resuelta por el propio órgano judicial.

Al revisar a Raz afirmamos que finalmente no hallamos en su tesis ningún rastro de positivismo ideológico, y al comentar con Atienza y Ruiz Manero la presencia extendida de principios, como entidades jurídicas abiertas, la visión liberal y axiológica del juzgador se percibe mucho más acentuadamente ya que siempre tendrá que ponderar, sin más razones que las de primer orden, los distintos aspectos valorativos del problema.

Acudamos directamente a la obra de Atienza<sup>107</sup> para comentar con él algunos puntos para nosotros relevantes. En *Cuestiones judiciales* que conjunta diversas intervenciones y ensayos en materia de justicia, consultamos el capítulo denominado “Estado de derecho. Argumentación e interpretación”, para procurar una visión más completa de su tesis. Empieza afirmando que *el concepto de Estado de derecho puede que sea impreciso* —ya nos dijo Valadés que resulta anfibológico—, *pero al menos es unívoco: nadie parece haberlo usado para referirse a otra cosa que no sea un tipo de organización política que aparece en un determinado momento histórico y con características más o menos bien definidas*.

Sabemos que el Estado de derecho se somete —es una de sus características— al orden jurídico plenario, incluidos autoridades e individuos, y aquéllas bajo determinadas circunstancias han de decidir tomar resoluciones, a fin de dar cumplimiento a su encomienda-deber. Así llegamos a las cuestiones de interpretación y argumentación que en su concepción no resultan unívocas, como en el caso del Estado de derecho, sino que presentan diversas connotaciones y alcances que el propio Atienza analiza. Reflexionemos con él:

Se sugiere la idea de que el de *interpretación* es un concepto más amplio que el de *argumentación*, esto es, que la interpretación en sentido lato o latísimo (equivaliendo a entender o comprender algo) no envuelve ningún tipo de argumentación.

Sin embargo, las cosas podrían plantearse también de manera que llegáramos al resultado justamente opuesto. Podemos partir, por ejemplo, de considerar el derecho como una serie de decisiones (en relación con ciertos problemas prácticos) cuya justificación requiere la producción de argumentos, esto es, de razones en favor de esas decisiones. Ahora, podemos decir que de entre esas razones, de entre esos argumentos, algunos tendrían carácter interpretativo, pero otros no.

Ahora bien, este último planteamiento, lo que viene a mostrar en realidad es que la argumentación no presupone la interpretación en sentido estricto, pero sí en sentido lato; esto es, argumentar implica necesariamente un entendimiento, la atribución de algún significado a las premisas y a las conclusiones, lo cual vale incluso para la concepción formal de la argumentación.

<sup>107</sup> Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, México, BEFDP-Fontamara, 2001.

Acto seguido, el autor nos indica analizar las nociones de interpretación y sus conexiones con la problemática de la argumentación formal, material o pragmática, para montar todo en las características de un Estado de derecho. Tratando de usar en esta contextualización de su pensamiento los rubros que más se avienen a lo planteado en esta obra, asumamos una de sus aseveraciones al tratar el tema de la *interpretación jurídica*: “El enunciado interpretativo, tal y como lo estableció, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en una famosa sentencia de abril de 1985, es el ejercicio del “poder semiótico” dejado en manos de los jueces por parte de los Constituyentes”.

Sabemos que el intérprete de una norma jurídica puede ser cualquiera, excepto por supuesto, en un Estado de derecho, la autoridad misma con respecto a la aplicación concreta, esto es, el aplicador de la ley, pues la interpretación aunque en sí misma no constituye un acto de creación normativa, en su reiteración sí da lugar a consecuencias normativas. El legislador tampoco es un intérprete, pues no está a cargo de los enunciados interpretativos sino de las definiciones que substraen de la norma superior, los valores y los hechos sociales, descendiendo desde la retórica y las apreciaciones sociológicas, hasta llegar a la precisión semántica del aserto totalmente demostrable a modo de silogismo. Además de lo *sustantivo*, el legislador nos suele proveer de reglas (veamos a Raz) propiciatorias a la interpretación jurídica. En cuanto a la Constitución, al legislador le viene como la guía maestra, la parcela jurídica única de la que puede sostenerse para su desarrollo legislativo ordinario y si acudiera a una especie de interpretación constitucional estaría, en rigor, tocando terrenos de reforma constitucional, más allá de estimaciones en torno a la flexibilidad o rigidez de ese procedimiento de enmienda. La interpretación auténtica, y recordemos a Tamayo, corresponde a los órganos judiciales o a los competentes también por ministerio de la ley; la interpretación dogmática es tarea de la doctrina.

En ese sentido la interpretación auténtica o positiva a cargo del órgano jurisdiccional poco se distingue del acto creativo de normas jurídicas, pues en ambos casos, bajo modalidades distintas (jurisprudencia), se propicia la generación del derecho vigente y válido. El legislador y el intérprete auténtico llevan en su tarea de creación normativa y de enunciado una carga definitiva: actuar formalmente, pero sustancialmente, a la luz

de la materialidad imperante, para aspirar en un extremo a validez normativa y en el otro a legitimidad judicial.

En torno a las reglas de interpretación normativa, y ya vimos lo trascendente de esta función en su comparación con el acto legislativo, debemos distinguir con Atienza dentro de la doctrina imperante tres posicionamientos: el formalista, el realista y el intermedio. Adelantamos que en esta obra nos inclinamos por el último, no tan extremista como los otros dos, pero sí observamos en el enunciado interpretativo la impronta de la potestad jurisdiccional ubicada en tiempo, lugar y circunstancia a su entorno sociopolítico y cultural. Traigamos un párrafo central de Atienza en esta explicación:

En la contraposición entre teorías formalistas y realistas, el límite de la interpretación habría que plantearlo así: para los formalistas, ese límite viene dado por la creación o producción del derecho; el intérprete no debe crear nada nuevo, nada inexistente en el derecho previamente establecido; su labor sería, pues, semejante a la del lógico (el lógico deductivo) que, al derivar unos enunciados de otros, no está creando nada, sino haciendo explícito (en la conclusión) lo que en realidad ya se contenía en las premisas. El modelo sería aquí el de las definiciones lexicográficas: el intérprete —como el que efectúa una definición de ese tipo— no inventa nada, sino aplica reglas preexistentes —usos lingüísticos vigentes—; por eso puede decirse que su labor es puramente cognoscitiva. Para los realistas, la distinción anterior no existe o (en el caso de posturas moderadas) debe ser atenuada: quien efectúa una redefinición (y más todavía si se trata de una definición estipulativa) no puede apelar a reglas preexistentes: él debe establecer las reglas y, en su caso, justificarlas. Los límites de la interpretación, en definitiva, no estarían preestablecidos por el derecho (en cuanto realidad producida por un legislador), sino que, al menos en parte, son creados por el intérprete: el derecho —tendencialmente—no sería tanto el derecho legislado, cuanto el derecho interpretado.

Esta descripción de posturas obsequiada por Atienza en confronta a su pensamiento, nos permite dejar solventado el debate ya referido anteriormente según las posturas transcritas de Cossío. Obligados por simple lealtad académica nos hemos pronunciado en todo este texto por una postura moderada o intermedia en la visualización y conceptualización de la interpretación auténtica de la ley, por supuesto, a cargo del órgano jurisdiccional o primario, al decir de Raz, pues vemos en el acto de justicia

ya integralmente concebido una actividad que se recarga en el formalismo normativo, pero no deja de lado jamás consideraciones en torno a los valores e ideologías campeantes y dueñas del subjetivismo judicial. Ya habíamos adelantado *supra* cómo en estos tiempos empieza a ganar terreno el *derecho judicial* al *derecho legal* dadas estas consideraciones de emergencia.

Podríamos centrar nuestra posición moderada en las tesis de Dworkin en torno a la *interpretación intencionalista*, que nos describe el propio Atienza:

Respecto a éste (Dworkin), el modelo intencionalista, el modelo constructivo de interpretación señala unos límites verdaderamente más amplios, pues lleva a considerar no sólo reglas que constituyen la práctica interpretativa, sino también los objetivos y los valores que dan sentido a esa práctica e invita al intérprete a considerar que necesitaría esa práctica en orden a lograr una máxima realización de aquel sentido.

El logro de ese sentido no se colmará a partir de un ejercicio estrictamente formalista del juzgador, pues éste, buscando el acto de justicia que cumpla con un evidente trato igual en circunstancias iguales, equidad y proporcionalidad, comprenderá no sólo cognoscitivamente su entorno axiológico y sociológico, lo cribará de realismo político y sustentará su razonamiento y argumentación, su interpretación y por supuesto su resolución, bajo sus competencias de potestad jurisdiccional, en esas condiciones evidentes.

Si nos encaminamos al problema de la *argumentación jurídica*, veremos con Atienza tres posiciones desde la atalaya doctrinaria: formal, material y dialéctica. Para la explicación natural de las dos primeras, invitamos a la lectura directa del autor español que indica en cuanto a la tercera tesis:

La argumentación es, pues, vista aquí básicamente como una actividad, como un proceso, cuyo desarrollo está regido por determinadas reglas de comportamiento (de comportamiento lingüístico) de los sujetos que intervienen en la misma. Esta es, básicamente, la concepción que cabe encontrar en muchas teorías contemporáneas de la argumentación, como la de Toulmin o Habermas, y es también el modelo al que obedece la nueva retórica de Perelman y, en alguna medida, la teoría de la argumentación jurídica de Alexy. En síntesis, podría decirse que la argumentación, de acuer-

do con esta tercera perspectiva, consiste también en lenguaje, pero lo que aparece destacado es el aspecto pragmático del lenguaje, y de ahí que la argumentación sea inconcebible haciendo abstracción de los sujetos que argumentan. La argumentación avanza, es posible, en la medida en que los participantes se van haciendo concesiones; inferir consiste aquí en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso; para cada interviniente en el proceso, funcionan como premisas los enunciados cuya aceptación pueda darse por supuesta o por alcanzada en cada momento del proceso; y la conclusión es lo que se pretende sea aceptado por el otro.

Es muy comprensible que si nos atenemos a las visiones de Dworkin y de Alexy o Raz en torno a la argumentación jurídica, demostraremos que estamos más interesados en su sustancia política y puede ser en la moral, que en su formalidad. Esto que no es codificable, es naturalmente reactivo a las teorías formalistas respecto de las cuales ya hemos hecho revisiones previas, pero nos inclinamos definitivamente a creer en principios irreductibles a las reglas, a partir de un horizonte visto por Dworkin de orden ético-político. Ante tal posicionamiento deben asumirse los inconvenientes: lograr un consenso universal de la comunidad en torno a esas resoluciones, una posible fragilidad de los juicios, y por supuesto, las interrogantes de Cossío que escuecen a parte de la doctrina más tradicionalista.

La coexistencia en un Estado de derecho de autoridad y necesidad de impartir justicia nos plantea la trascendentalidad de los conceptos analizados. Esto lo hace notar Atienza y afirma:

Si sólo hubiese autoridad o sólo hubiera la necesidad de hacer justicia, entonces no sería necesaria —o apenas sería necesaria— la interpretación. El problema radica, pues, en cómo encontrar una mediación entre esos dos polos, o bien en cómo justificar que uno de esos polos haya de jugar un papel dominante.

La tensión generada puede resolverse desde un posicionamiento a favor del *imperio de la ley*, tan propicio a los Estados de derecho antañones, o en favor del *imperio del derecho*, que es lo que hoy se recomienda, mirado en un constitucionalismo real y *vivo*, lo que al decir de Atienza implica la supremacía de los *principios* por sobre las *reglas*, para lograr, decimos nosotros, un acto de justicia evidente y actual.

Ahora volvamos a Ródenas con su cuarto y último análisis en torno a las tesis de Schauer<sup>108</sup> y su *positivismo presuntivo*. Conviene tomar en cuenta la advertencia de la propia Ródenas, sobre todo viniendo de analizar el pensamiento de Atienza, en el sentido de que su último autor considerado refiere en sus ensayos tan sólo la noción de *reglas*, sin incorporar la que vimos sobre *principios*, en su concepción sobre las llamadas *normas de mandato*. “El positivismo presuntivo es una variedad del modelo basado en las reglas que sitúa ventajas de tener reglas en el momento de su creación y no está abierto a reevaluaciones constantes en el momento de la aplicación de las reglas”.

Vemos la distinción entre el legislativo como poder de creación de reglas principalmente de distribución de competencias, y entre ellas las que fijan ese acto creativo, y el judicial que podría o no reevaluar una regla de manera constante.

Si en lugar de considerar las reglas como instrumentos para lograr la certeza o predecibilidad, consideramos las reglas como *mecanismos para la distribución del poder*, entonces resulta bastante dudoso que sea necesariamente deseable conceder poder al aplicador de normas para determinar si hay que seguir o no las reglas sobre la base del balance de razones aplicables al caso.

Con esta postura volvemos al positivismo ideológico que no acepta la axiología normativa, pero esta vez montado el ideal del autor en civilizaciones de orden muy complejo, no al modo mucho más avenido a nuestros anhelos de Häberle; y por ello nos dice Ródenas en su comentario pertinente:

La idea de Schauer es que este modelo tiene su cabida en sociedades relativamente complejas en las que las reglas tienen un papel importante que jugar de cara a la distribución de competencias. En este tipo de sociedades, el procedimiento de toma de decisiones basado en reglas contribuye a fijar los límites de las competencias de una forma que no es capaz ningún otro procedimiento de toma de decisiones.

<sup>108</sup> Schauer, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophy Examination of Rule -Based Decision- Making in Law and in Life*, Oxford Clarendon Press, 1991.

Desde luego dicho procedimiento cancela, como dicen, las *agendas particulares* de quienes asumen decisiones. El autor en comento tiene la sensibilidad de pensar que los aplicadores de la ley sueltos de las reglas, pueden reflejar muy torpemente la realidad. Ante tal posición nos alejamos de sus percepciones por estimarlas injustas e improcedentes, incluso, o por ello mismo, en las culturas más complejas.

Dejemos un párrafo crucial del pensamiento de Ángeles Ródenas a manera de conclusión, útil en la disección y estructura de estos temas:

Que las reglas sean razones perentorias no implica que sean razones absolutas. Como ya sabemos, hay dos tipos de situaciones ante las cuales los jueces pueden decidir dejar de lado una regla en principio aplicable, a las que me he referido, respectivamente, como “errores de primer” y “de segundo grado”. Los errores de primer grado se deben a experiencias recalcitrantes causadas por la autonomía semántica de los enunciados mediante los que se expresan las reglas. Haciendo una suerte de síntesis entre el aparato conceptual desplegado por Raz y el desplegado por Schauer, podríamos decir que, cuando el significado de una formulación normativa es supraincluyente en relación al compromiso o juicio de prevalencia entre razones de primer orden que la regla expresa, el juez puede apreciar una excepción a la regla o un límite en su alcance, y dejar de lado la misma, sin cuestionar su carácter de razón protegida para la acción. La otra situación en la que los jueces podrían dejar de lado una regla aplicable se produce cuando aprecian un error de segundo grado. Estos errores ya no se deben a experiencias recalcitrantes relacionadas con el significado de la formulación normativa, sino que los produce el propio juicio de prevalencia entre razones de primer orden que la regla expresa. En estos casos lo que se cuestiona es el propio carácter de razón protegida para la acción de la regla.

Si traducimos el complicado lenguaje de estos tratadistas que se atienen a la expresión filosófica y que mucho puede perturbar al jurista en su más llana concepción, no imbuido de esas técnicas de investigación, podríamos asegurar que incluso en los terrenos más rigurosos del derecho y a sabiendas de que éste, objetivizado, previene normas jurídicas que en su conjunto —resuelto el tabú cervantino— regulan la conducta humana y tienen por destinatarios, al momento de su aplicación e interpretación, a órganos del poder público dotados de la competencia necesaria para decidir, y que tales normas se presentan como “principios” o como “re-



glas”, y que los primeros implican una semantización abierta y los segundos cerrada y que podemos mirar como instrumentos útiles para desentrañar el significado normativo o *voluntad del legislador*, los jueces —órganos primarios— en el uso de su potestad jurisdiccional, es claro, pues así lo impone el sistema jurídico —que no abriga esperanzas de juzgadores libérrimos— que la misma se resuelva en el marco y bajo los límites dados por el creador de normas, pues ahí radica la representación popular y por ende la mayor legitimidad. Ello no fuerza a que el juez ante la *razón protegida* o *perentoria* nunca absoluta no pueda prescindir, bajo determinadas circunstancias presentes al juzgar un caso concreto frente a la disposición abstracta de una prescripción que de aplicarse no resolvería justamente o generaría un daño o mal mayor. En eso estamos ante lo que otros han llamado los *límites de la ley* y que queda a la prudencia —jurisprudencia— judicial resolver. Bajo ningún aspecto, el positivista o el axiológico impide que el juzgador deje su impronta ideológica en la argumentación y resolución respectiva, pues ésta es independiente y libre. El acto de interpretación implica eso y generará siempre dilemas entre una escuela y la otra, por lo que hemos asumido nuestras propias posturas al respecto. Nunca pensamos que al conjugar ideología con justicia alguien podría confundirse, que la decisión judicial se muestre como una descarada acción política, pues tal cancelaría todo empeño en este sentido. Bajo ningún aspecto nuestra idea es que los juzgadores actúen, en términos de derecho, como está prescrito, con las salvedades que el propio orden normativo impone. Sí estimamos que ninguna ciencia puede impedir el acto de justicia, finalmente proveniente de un hombre que se viste de sus propias ideas y expectativas, y lo más que puede hacerse es leer esas conductas judiciales y conducir la integración y ponderación judicial, mediante los instrumentos jurídico-políticos vigentes.

Por eso, Guastini<sup>109</sup> nos advierte sobre la interpretación jurídica:

El vocablo “interpretación”, como en general los vocablos con el mismo sufijo, puede denotar bien una actividad —la actividad interpretativa— bien el resultado o producto de esa actividad. Por ejemplo, “las disposiciones legales sobre la interpretación” son disposiciones que disciplinan la actividad interpretativa; por el contrario, una “interpretación restrictiva” es

<sup>109</sup> Guastini, Ricardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 101.

el resultado de una cierta técnica interpretativa. El resultado o producto de la actividad interpretativa no es otra cosa más que el “significado” del objeto interpretado.

Ese significado alude a una noción *técnica* dentro de la formación jurídica del intérprete y nos informa, a partir de las reglas, ya objetivizadas, ya montadas en restricciones conceptuales, el alcance y contenido de la norma en cuestión. Desde luego debemos distinguir con claridad ese *contenido técnico* derivado de la interpretación, sobre todo si nos referimos a la auténtica y a la doctrinaria, del *contenido ideológico* o tendencial, tanto del argumento jurídico, cuanto de la resolución misma, pues el juzgador —mirando el asunto desde la atalaya que nos interesa— cuando tiene ante sí un caso concreto voltea a la norma exactamente aplicable a dicho material específico y entresaca su *sentido*, ya desde una tarea de fácil realización por la transparencia de la propia norma seleccionada o desde una tarea más compleja por su opacidad u oscuridad. En ese sentido no vemos ninguna contradicción con lo repasado por los tratadistas ya analizados, pero tengamos en cuenta que en el razonamiento judicial habrá ineludiblemente una formación ideológica del intérprete y su acción se apegará tendencialmente a su punto de mira. Si asumimos un caso del mundo jurídico, que actualmente está cubierto de dudas éticas o de sensibilidad social y por ende es material ideológico para las distintas mentalidades, como puede ser el caso del aborto, la manipulación genética o la pena de muerte, el intérprete hará uso de su instrumental interpretativo, ya por reglas objetivizadas, ya por técnicas apropiadas, y conducirá su argumentación y resolución hacia su convicción en torno a esa cuestión tan colmada de ideología.

Ante posibilidades interpretativas amplias o restringidas, Guastini nos dice:

Quien adopta el segundo concepto de interpretación (amplio) comúnmente quiere poner en evidencia que atribuir un significado a un texto siempre requiere de valoraciones, elecciones, decisiones. En ningún caso la interpretación, así entendida, puede ser representada como una actividad cognoscitiva. Y esto por la buena razón de que no existe algo así como el “significado propio” de las palabras: las palabras tienen sólo el significado que les viene atribuido por quien las utiliza y/o por quien las interpreta. Por tanto, el significado es mutable, y cada decisión interpretativa es siempre, si bien en distinta medida, arbitraria.

Y no puede dejarse de lado la diferenciación entre *interpretar* desde cualquier posición social, y *aplicar* esa interpretación, pues este estadio de concreción tan sólo es dable a las autoridades competentes. Guastini:

Interpretación y aplicación son actividades que se ejercitan sobre objetos diferentes: hablando correctamente, la interpretación tiene como objeto (no ya normas, como se usa decir, sino más bien) textos normativos, mientras la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto (entendidas como el contenido de sentido de los textos normativos). Por tanto, la aplicación no coincide con la interpretación por la buena razón de que la presupone (o la incluye como una parte constitutiva).

El término “aplicación”, especialmente si se refiere a órganos jurisdiccionales, designa un conjunto de operaciones que incluyen, junto a la interpretación propiamente dicha: ya sea la calificación de un supuesto de hecho concreto, ya sea la decisión de una controversia específica.

Con lo que nos ubicamos ya en un sentido más realista del problema y se aclara en mucho nuestra visión del mismo, pues el juez al aplicar la norma al caso concreto viene de un ejercicio interpretativo y de una argumentación jurídica propia dentro de su potestad jurisdiccional, que lo orillan precisamente a ese evento mutable, que podría calificarse con Guastini y otros de arbitrario, en el mejor sentido del término, que abreva de libertad e independencia judicial.

Por ello, digamos con el mismo autor:

Ahora bien, el discurso del intérprete está constituido, por un lado, por enunciados que adscriben significado al discurso de las fuentes; por otro lado, por enunciados que constituyen argumentos para justificar la interpretación preescogida.

La interpretación judicial de una determinada disposición puede ser entendida como “decisión” en torno a esa disposición. Las decisiones interpretativas de los jueces son obviamente productivas de efectos jurídicos, aunque sean circunscritos, por regla general, al caso concreto decidido.

La interpretación judicial puede ser caracterizada como una interpretación “orientada a los hechos”, en el sentido de que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo como un particular supuesto de hecho o controversia, del que se busca solución. Los jueces, en suma, no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo “en abstracto”, sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho cae, o no, dentro del campo de aplicación de una cierta norma.

Por ejemplo, supongamos la explosión de petardos caseros durante horas avanzadas de la noche, en una empresa transnacional o un banco, que lo más que logran es humareda y presencia policial. Posteriormente, los miembros de la comunidad se enteran por los medios de comunicación que dicho acto fue objeto de investigación policial, y que el asunto se llevó hasta el juez natural. Éste conocerá las disposiciones vigentes en materia de terrorismo y sabrá de sus elementos objetivos, normativos y subjetivos, destacándose estos últimos que se conciben en la generación de terror o alarma social para presionar al gobierno en determinado sentido. Si el juez asume una interpretación “orientada a los hechos” como recomienda Guastini, con la ley en la mano, tendrá una interpretación preescogida del texto legal y sabrá resolver: si está inscrito dentro de una ideología conservadora se pronunciará seguramente en favor de una condena por terrorismo, siempre que encuentre bases suficientes para discernir una subversión extremista, más allá de los resultados reales producidos; un juez con mentalidad progresista o de izquierda seguramente tendría por absueltos a los responsables del hecho, pues no se habrían alcanzado los efectos normativos exigidos. Bajo esa dramatización podemos ver que finalmente la interpretación normativa, la argumentación jurídica y la resolución judicial en ambos casos válida y sustentable, responde a criterios de ideología.

Digamos ahora con De Silva:<sup>110</sup>

Es cierto que a lo largo de la historia se han acuñado conceptos como los de “espíritu del legislador”, “razón de la ley”, “intención del legislador”, “propósito de la norma”, etc. Pero también lo es que el aplicador del derecho interpreta la norma y descubre esos conceptos imprimiendo a su decisión sus propias características psicológicas e ideológicas, mediante sus propios procedimientos lógicos. La experiencia judicial hace patente que muchas decisiones producidas en casos particulares han interpretado de manera diferente y aun contradictoria, términos legales tales como “interés social” y “orden público”, lo que en gran medida se explica por la diferente personalidad, experiencia e ideología de los diferentes jueces que han pronunciado las resoluciones correspondientes. Esas diferencias y contradicciones son imputables a esos jueces y no necesariamente al legislador, quien seguramente pretendió usar esos términos, en una misma ley, con

<sup>110</sup> Silva, Carlos de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 101.

significado unívoco. No obstante, no puede negarse eficacia normativa, para cada uno de los casos particulares en que se produjeron, a esas decisiones judiciales.

Antes de cerrar este inciso dejemos algunas reflexiones muy valiosas que nos proporciona Nino:<sup>111</sup>

El estudio de la posibilidad de promover cambios sociales a través del derecho se ha concentrado generalmente en la creación de normas jurídicas por los órganos legislativos. Sin embargo, la aplicación que los jueces hacen de las normas jurídicas a casos concretos no tiene menos relevancia en cuanto a las posibles consecuencias sociales.

Los problemas de interpretación que se han venido analizando ... son demostrativos de que los legisladores tienen limitaciones para prever todos los casos posibles y asignarles solución.

Y entonces nos da un punto de vista crucial en la confirmación de nuestra posición doctrinal en torno al papel que juegan los jueces y el acto de justicia en la sociedad contemporánea: “De hecho, parte del poder legislativo está transferido implícitamente al cuerpo judicial, quien como vimos, muy a menudo tiene que reelaborar las normas que le ofrece el legislador antes de aplicarlas a los casos concretos”.

Pero aún más, en esa influencia ideológica de los jueces en la comunidad y de ésta en ellos:

Esa tarea de reformulación de las normas generales normalmente tiene ante sí, como también dijimos, diferentes alternativas. En muchos casos la elección de una u otra interpretación por parte de los jueces tiene consecuencias sociales relevantes.

La necesidad de resolver casos particulares hace que la magistratura advierta, en muchos casos con más facilidad que los legisladores, efectos sociales inconvenientes de una disposición legal, razón por la cual procede a realizar una interpretación correctiva de aquélla para impedir tales consecuencias.

Nino advierte también el caso contrario no visto desde el enfoque de un juez progresista que impulsa el cambio social, sino desde un juez conservador que mantiene el *statu quo*: “Pero también se suele dar el caso de

<sup>111</sup> Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel derecho, 1999.

un cuerpo judicial de tendencia conservadora, que frustre, con interpretaciones limitativas, los propósitos de cambio social del legislador”.

En este cambio de milenio, lo dice la doctrina y lo confirma la actuación judicial, nos hallamos en una encrucijada importante pues sumamos con éxito a la potestad judicial, a la transformación y moldeo de la ideología social imperante, para irnos encaminando a estadios de mayor desarrollo social y colectivo. El *acto de justicia* está dejando paulatina, tenazmente, su papel de función postergada, tímida y autoinhibida a la luz de un positivismo ideológico pernicioso, de un normativismo excesivo, de un relativismo caduco, que le mantenía una presencia en la penumbra del poder político de dominio y una capacidad vergonzosa de influencia sociopolítica, para dirigirse a otro plano de colaboración francamente inscrito en las tendencias y prácticas ideológicas de la comunidad a la que sirve. Al menos ahí están ya las posibilidades reales para ello; la cuestión quedará, como todo en la historia humana, en la calidad y presencia de los hombres que integren los aparatos de impartición de justicia.

## XII. RAWLS Y MÁS ALLÁ

La *Teoría de la justicia* de Rawls<sup>112</sup> de 1971 provocó una auténtica “revolución teórica” que ha influido el pensamiento contemporáneo durante las últimas tres décadas. Es en estos tiempos cuando su obra cobra un muy especial acento e importancia, pues la penetrante mirada del autor y su larga visión tuvieron que esperar tiempos más propicios para su cabal comprensión y desarrollo. De su lectura, asimiento intelectual y explicación se han ocupado otros autores de gran estatura doctrinaria como Gargarella.<sup>113</sup> Nos valdremos de la sistemática y visión de éste para tratar de explicar este pensamiento crucial, sin que nos privemos, cuando sea pertinente, de acudir directamente a la obra de Rawls.

Para Rawls la justicia es *la primera virtud de las instituciones sociales* y para confirmar su dicho afirma: “Las instituciones básicas de la sociedad no deben distinguirse simplemente por ser ordenadas y eficientes: ellas deben ser, sobre todo, justas. Y si no lo son, entonces, deben ser «reformadas o abolidas»”.

<sup>112</sup> Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

<sup>113</sup> Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999.

Esta posición tan definitiva generó en su desarrollo completo el impacto que ahora vemos en las actuales concepciones en torno a lo justo. Es preciso indagar cuándo o por qué una institución funciona de modo justo. Desde luego reniega del llamado *intuicionismo* por su incapacidad intrínseca para proponer un sistema de reglas capaz de jerarquizar las intuiciones, para el caso común de que se produzcan conflictos entre ellas, esto es, entre las diversas posiciones que lo mismo nos arrojan por los principios implicados en un acto de justicia determinado. También repudia el *utilitarismo* que al decir de Gargarella se convertiría en su *verdadero fantasma* a lo largo de su teoría. Esta última posición declara sin más que: *un acto es correcto cuando maximiza la felicidad general* y ahí recordamos a Kelsen con todo su relativismo. El utilitarismo sí sería capaz, en un momento dado, de lograr lo que es imposible para el uso de la intuición: la ordenación de las alternativas de decisión. Sin embargo Rawls, en tanto liberal, se atiene a una concepción *no consecuencialista*, esto es, deontológica, es decir que crea que la corrección moral de un acto implica siempre la clase de cualidades intrínsecas de esa acción. Esto difiere del teleologismo del utilitarismo que mira a su capacidad de producir un cierto estado de cosas valorado de antemano. Vencer las tentaciones universales de pensar que a través de nuestra intuición libre o de generar respuestas que satisfacen no a todos, pero sí a la mayoría, en busca del bienestar general, es la tarea del rawlsismo. Respecto de éste, “su fantasma” más protagónico, reflexiona:

La fidelidad al sistema social puede exigir que algunos, en particular los menos favorecidos, tengan que renunciar a ciertas ventajas en aras del mayor bien colectivo. Por eso, el sistema no sería estable a menos que aquellos que tienen que sacrificarse se identifiquen fuertemente con intereses más amplios que los suyos.

A eso Gargarella nos asegura que la doctrina utilitarista *no es capaz de asegurar las bases de su propia estabilidad*, recogiendo fraseología del propio Rawls, y entonces sugiere:

La observación es importante, como anticipaba, no sólo como una nueva pauta de crítica frente al utilitarismo, sino también como modo de reconocer algunos elementos centrales dentro de la teoría de Rawls. En tal respecto, quisiera detenerme un instante en su propuesta de apelar al instru-

mental propio del contractualismo a la hora de poner a prueba el valor de distintas concepciones sobre la justicia.

Vayamos con el autor argentino a esa visión de la teoría que con él examinamos ahora mismo. Rawls refiere, no como Hobbes, Locke y Rousseau, un *contrato hipotético* de orden social en el que sí interesan ciertas ideas propias de nuestras concepciones habituales sobre la moralidad, el respeto al valor intrínseco de cada individuo, sobre la noción de existencia de un deber especial de protección prioritaria a los más vulnerables. A ello Gargarella comenta:

Ahora bien, no resulta claro que la posición de Rawls termine siendo afectada por objeciones como las presentadas, acerca de la relevancia de los contratos hipotéticos (nadie ha firmado un contrato; nadie puede impulsarnos a cumplirlo) y la posibilidad de derivar, a partir de ellos, obligaciones exigibles en la vida real. A Rawls no le interesa defender la exigibilidad de los arreglos institucionales que se derivarían de la posición teórica por él propuesta. Si Rawls desarrolla su propia concepción en términos de un contrato hipotético, ello se debe al valor de dicho recurso teórico como medio para poner a prueba la corrección de algunas intuiciones morales: el contrato tiene sentido, fundamentalmente, porque refleja nuestro estatus moral igual, la idea de que, desde el punto de vista moral, la suerte de cada uno tiene la misma importancia —la idea de que todos contamos por igual—. El contrato en cuestión, en definitiva, nos sirve para modelar la idea de que ninguna persona se encuentra inherentemente subordinada frente a los demás. Dicho contrato hipotético, entonces, viene a negar y no a reflejar —tal como parece ocurrir en los contratos hobbesianos— nuestra desigual capacidad de negociación. Así, el contractualismo hobbesiano y el rawlsiano aparecen comprometidos con una idea diferente de la igualdad: la igualdad que le interesa a Rawls no tiene que ver con el igual poder físico (capaz de forzarnos a firmar un contrato mutuamente beneficioso), sino con nuestro igual estatus moral, que nos fuerza, en todo caso, a desarrollar una preocupación por la imparcialidad —por el hecho de que se consideren imparcialmente las preferencias e intereses de cada uno.

Ahora conozcamos la *posición original* que nos refiere Rawls respecto de ese *contrato hipotético*. Antes de arribar al concepto de la noción ideal de Rawls es preciso intentar exponer los fundamentos de su pensamiento en forma esquemática o puntual, a fin de facilitarnos la tarea:



1. El contrato hipotético de Rawls tiene como objetivo último el establecimiento de ciertos principios de justicia.
2. Tales principios no están orientados a resolver problemas concretos, casos particulares, las cuestiones cotidianas de la justicia.
3. Se trata de criterios destinados a aplicarse en la *estructura básica de la sociedad*.
4. Esos criterios tienen que ver en el modo en que las instituciones sociales distribuyen derechos y deberes fundamentales.
5. En esa distribución tiene que ver la división y compartición de las ventajas provenientes de la cooperación social.
6. Los criterios se encontrarán sólo en las instituciones más relevantes, como la Constitución y disposiciones económicas y sociales.

Todo ello implica un entorno social bien ordenado en donde primen las circunstancias de justicia. Ese orden lleva implícita la idea de promoción del bien entre los miembros de la comunidad y eso quiere decir imaginar un lugar en el que no existe ni escasez extrema, ni abundancia grosera y las personas resultan iguales, más o menos, entre sí, con potencialidades semejantes y vulnerabilidades similares.

En la teoría utilitarista que abomina Rawls, sí existirían pautas independientes para establecer qué es justo o injusto, pero en su pensamiento no hay esos criterios autónomos, aunque sí procedimientos que auxilian a llegar a lo equitativo. Así llega a su proposición de una *justicia procedimental pura*. Por tanto, lo utilitarista sería procesalmente imperfecto. En su concepción, él prefiere mirar una *justicia como equidad*. “En dicho sistema se considera que los principios de justicia imparciales son los que resultarían de una elección realizada por personas libres, racionales y autointeresadas (no envidiosas), situadas en una posición de igualdad”.

Ese mundo utópico de Rawls está basado en todo un desarrollo conceptual que él ve en lo que ya adujimos como *posición original* y que trataremos de explicar esquemáticamente para llegar a su mejor comprensión:

1. Es necesario definir los principios de justicia desde esa posición original.
2. El contrato hipotético tiende a mostrar la intuición conforme a principios morales generales, no particulares.

3. En esos inicios se da una discusión entre individuos racionales y autointeresados que han de seleccionar los principios sociales para la organización comunitaria.
4. Esos individuos están afectados necesariamente por un *velo de ignorancia* que les impide saber cuál es su lugar de clase o estatus y sus capacidades personales; tampoco conocen su percepción del bien.
5. En cambio, están dotados para reconocer proposiciones generales relativas a las ciencias sociales.

Esto es, en su deliberación no pueden acceder a decisiones en su propio favor. Están determinados a una prueba intuitiva de equidad. En esa *posición original*, los hombres en el contrato hipotético resolvieron un acuerdo *capaz de considerar imparcialmente los puntos de vista de todos*. Sin embargo, Rawls exige algo más en esos individuos: información adicional respecto de las motivaciones propias de esos seres ideales y respecto de los criterios de racionalidad a emplear en situaciones de incertidumbre, como se da en los casos de justicia y sus concepciones a escoger.

Respecto de las motivaciones que moverían a dichos individuos, podrían estar cifradas en el apetito de bienes, ya *primarios*, tanto de índole social (riqueza, oportunidades, derechos), cuanto de índole natural (inteligencia, salud, capacidades personales) y eso nos plantearía criterios no perfeccionistas que finalmente existen. En torno al caso de duda o incertidumbre y las posibles reglas a elegir para la solución, Rawls nos entrega la noción de *regla máxima* que facilita la selección. Esa *regla* dicta que ante la duda deben jerarquizarse las alternativas de acuerdo a sus peores resultados posibles y ya en ese momento debe *adoptarse la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor de los resultados de las otras alternativas*. Gargarella se pregunta ¿cuáles son los principios de justicia que resultarían escogidos en dichas circunstancias tan peculiares? Y nos dice que Rawls propone que esos individuos de la *posición original* se comprometerían con dos principios básicos (que han variado con el avance de su obra):

1. Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades (civiles y políticas) para los demás.

2. Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

En el primer principio se halla la evasión del perjuicio y la discriminación ajena a nociones del bien, montada en la noción de libertades. El *principio de diferencia* aludido en segundo lugar, gobierna la distribución de los recursos. Con ambos logramos libertad e igualdad.

Pero ¿será que Rawls se ocupa, preocupado, de las vertientes social y distributiva de la justicia, sin atender —si se quiere *descender*— a la llamada justicia conmutativa que interesa en esta obra?, ya vimos que la igualdad como principio es compañera inseparable de la noción de justicia. ¿Cuál es el compromiso de la *Teoría de la justicia* con la igualdad? Para llegar al punto nodal que nos interesa, vaciamos un párrafo de Gargarella, interpretando a Rawls, que nos planteará el centro de este discurso:

El pensamiento igualitario se ha referido a este tipo de criterios (*justicia que permite o no, el beneficio o perjuicio, por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas*) mediante la distinción entre hechos arbitrarios desde un punto de vista moral (hechos ajenos a la responsabilidad de cada uno), y hechos de los cuales uno es plenamente responsable. Ello, para decir que una sociedad justa debe tender, en lo posible, a igualar a las personas en sus circunstancias, de modo tal que lo que ocurra con sus vidas quede bajo su propia responsabilidad. Hay hechos que se deben, exclusivamente, a la “lotería natural”, a los azares de la naturaleza. En cambio, si una persona, igualada a las demás en sus circunstancias, decide vivir en un completo ascetismo o alcanza un nivel de vida menor que el promedio porque prefiere el ocio frente al trabajo, luego tales situaciones no son consideradas moralmente reprochables, dado que son el mero producto de las elecciones del agente. La idea es que cada uno debe aceptar pagar el costo de las elecciones por las que se inclina: en el ideal de la concepción liberal, los individuos deben ser considerados responsables de sus acciones, y no meras víctimas de su destino a las cuales el estado siempre debe apoyar.<sup>114</sup>

Los liberales más puros se inclinan, ante su evidente conservadurismo de hoy, por que la sociedad justa —sus instituciones— no debe respon-

<sup>114</sup> Las cursivas son nuestras.

der ante tales circunstancias. No es tarea de la sociedad —se dicen— tratar de remediar hechos lamentables como lo mencionado en torno a esa “lotería natural” o esa selección responsable de cada quien de ubicarse en situación de desventaja, pues toda intervención institucional resultaría peor que el mal mismo. Dicen que “La pretensión de que una agencia estatal —una agencia dotada de poder coercitivo— resuelva tales males abriría puertas a la aparición de una entidad omnipresente e intrusiva en la vida privada de cada uno”.

Rawls asume un compromiso más actual y vigoroso con la igualdad: para él resulta evidente que las arbitrariedades morales no son justas o injustas en sí mismas y no tendría sentido *reprocharle* a la naturaleza el favorecimiento o no a determinada persona. En su opinión:

Sí tiene sentido hacer una evaluación sobre la justicia o injusticia de las instituciones básicas de nuestra sociedad: la naturaleza no es justa o injusta con nosotros, lo que es justo o injusto es el modo en que el sistema institucional procesa estos hechos de la naturaleza. De ahí surge su afirmación —nos indica Gargarella—, de que la “primera virtud” de cualquier sistema institucional ha de ser la justicia.

En su avance liberal, que se conoce como *liberalismo igualitario*, Rawls no llega hasta los alcances de nuestra interrogante anterior, en torno al “acto de justicia” mismo, el que resuelve una controversia entre particulares a través de la conmutación judicial de intereses. Pero si somos capaces de advertir esas diferencias circunstanciales y electivas, y reconocemos la autonomía de las personas, tesis relevante en otros autores muy distinguidos, podremos arribar a la noción de un *trato igual* al que ya se aludió *supra*, sobre todo al revisar el nuevo constitucionalismo español y la nueva jurisprudencia mexicana, desde las instituciones sociales más relevantes como la judicatura misma y que no puede ser, de hecho no es, ajena a estos impulsos rawlsianos y de ahí su influencia en los temas que ahora abordamos.

En nuestra visión de la justicia hemos insistido en que la evolución y desarrollo del concepto, y por supuesto atendiendo a los responsables de llevar adelante la monopólica potestad jurisdiccional, implican la insoslayable presencia del normativismo más puro y superior, visto desde la norma suprema. La Constitución es contemplada como continente de todas esas *normas de cultura* que denominadas de diversa manera por la

doctrina revisada, están integradas por formalismo jurídico —objetivización— y, por supuesto, axiología y sociología tópicas que alimentan su validez y realismo. Siendo así, esa superestructura jurídica mantiene una presencia política de primer orden pues no sólo marca la semantización de derechos subjetivos, establecidos como fundamentales, individuales, sociales, colectivos o culturales, sino que organiza políticamente al Estado como la más potente garantía de esos derechos al lado de otras garantías preconcebidas. Ese documento político, el *código político* de cada nación soberana, resulta vinculante en todos sus aspectos a las diversas ramas del poder político de dominio, tanto en abstenerse bajo determinadas prevenciones, cuanto en hacer o promover bajo otras lupas de naturaleza social y no individualista. En ello va, dejando de lado la administración pública, el acto creativo de leyes y el de interpretación y aplicación de las mismas. Es natural, y ya lo hemos revisado, que ambos órganos, el Legislativo y el Judicial, se atengan a los principios constitucionales permanentemente y eso es indiscutible. La cuestión está en discernir en la actividad de ambos órganos su capacidad para por un extremo *desarrollar* dentro de esos senderos constitucionales tan explícitos las normas supremas en legislación ordinaria, ponderando por supuesto, para arribar a leyes vigentes y válidas, fórmulas jurídicas y realismo valorativo y social imperantes; y por el otro, encarar el conflicto jurídico de intereses y adecuarlo al derecho aplicable que no se reduce a un mero ejercicio resignadamente normativista, sino colmado de valores y realidad fenomenológica.

Ya en el ámbito más reducido de la jurisprudencia hemos caído en cuenta, con lo argumentado hasta ahora, de que la potestad jurisdiccional propende al acto de justicia, abrevando de norma aplicable y sujeta al *trato igual* ante circunstancias iguales, a equidad y proporcionalidad, pues de otra suerte veríamos un acto de justicia mecanizado y en automático, prescindiendo de la presencia de juzgadores humanos y cargados de subjetividad e ideología, pues su origen se halla en la designación de los otros poderes de orden político.

Comprendiendo que tal ha quedado suficientemente explicado, insistimos en que el arriesgado decir nuestro ante determinadas posiciones doctrinarias de extremo formalismo y conservadurismo, en torno a lograr un diálogo hipotético entre justicia e ideología, bajo ninguna óptica resuelve el concepto de *justicia política*, ni el de *interpretación política* de la Constitución, lo que sería proponer algo inadmisibles en el seno de un

Estado de derecho. Asumimos el acercamiento de ambos conceptos bajo premisas bien diferenciadas, pues si ya estuvieran hermanadas en la conciencia colectiva y sobre todo en la doctrinaria, no haría falta este planteamiento. Tratamos de hurgar en el concepto y *praxis* de la justicia en torno a esa posibilidad, por ahora, simplemente hipotética, pero con hechuras para estimarla en profundizaciones posteriores.

Aceptemos que si Rawls es uno de los autores más influyentes en la construcción moderna del concepto o teoría de la justicia, es precisamente porque como queramos mirar su *liberalismo igualitario*, muy asumido en la vertiente distributiva de esa función del Estado moderno y en la que por dicho principio propuesto invita, o mejor, demanda al Estado a través de sus instituciones a solventar igualaciones necesarias, la tesis viene a imponer una determinación o posición ideológica y de ahí que sus principales críticos vean en posicionamientos más radicales, de orden ideológico-político como el marxismo, sus defectos y carencias al argumentar ese *liberalismo* o esa *igualdad*. Ese *liberalismo igualitario* pretende, tocándolo de frente, alejarse de un mero utilitarismo y de un liberalismo *puro* que mucho tiene de conservador en este siglo XXI, pero también se ubica en otros terrenos diferentes a un socialismo más actual, al derruido marxismo e incluso a conceptos de *liberalismo social*, socialdemocracia o eurosocialismo, y se equidista de un ramplón concepto demócrata cristiano de la ideología política, y nos proporciona al menos un asidero, que si se coloca en los terrenos de la *iusfilosofía* es meramente circunstancial, pues en rigor estamos —de ahí su revolución teórica— en terrenos políticos a veces estresantes para algunos autores. El órgano jurisdiccional como integrante conspicuo y no alejado del poder político de dominio se ve sometido, desde luego, a concepciones de esa naturaleza.

Desde una perspectiva acorde, aunque para nuestro gusto más vigorosa y realista por su decisión de tratar las cuestiones políticas con verdadera amplitud, Elías Díaz<sup>115</sup> mira a la Constitución como el gran pacto político social de carácter fundamental e institucional que logra sintetizar el espacio de convergencia entre legitimidad democrática y justicia material. El autor español no se devana los sesos con lenguajes criptados ni

<sup>115</sup> Díaz, Elías, *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, Madrid, CEC, 1990.

arquitecturas extrañas, sino que yendo directamente al punto que importa, reflexiona claramente:

La Constitución, creada en esas coordenadas (consenso entre partes plurales), es expresión por de pronto de la legitimidad democrática, entendida ésta en su manifestación básica inicial como legitimidad procedimental en libertad. De este modo se articula en ella, primeramente también a través del consenso y contando siempre con las minorías y con unas y otras condiciones objetivas, la voluntad libre de las grandes mayorías del grupo social.

Esas grandes mayorías se ven reflejadas en el texto constitucional a través de una impronta innegable que se inscribe en el documento y que constituye la ideología política que articulará el desarrollo de la letra fundamental. Díaz continúa diciendo al respecto:

Esta concepción democrática de la ley fundamental, y del derecho en general, se diferencia así con toda claridad tanto de la concepción exclusivamente consensualista (o corporativista, sin ser tampoco estas dos lo mismo) como de la de estricto carácter iusnaturalista, donde la voluntad de las mayorías, en el primer caso, y —además de ello— la razón y voluntad individual cuestionadas filosóficamente, en el segundo, tienen mucho menor peso e influencia.

Ya ubicados en esas razones insoslayables de aspiración democrática en cuyos consensos los hombres deberán alcanzar los fines buscados —libertad e igualdad— y no a través de cancelaciones o de revelaciones immanentes que atentan contra razón y voluntad individual y grupal, el autor nos informa:

Desde aquella perspectiva (concepción democrática), pues, la Constitución, y antes el poder constituyente, sintetizan y se corresponden con esa denominada justicia procedimental que, al serlo en libertad, pasa ya a incorporar valores con contenido y a designarse propiamente como legitimidad de carácter democrático.

Esa *incorporación de valores con contenido* que se advierte en el acto de justicia procedimental aducida por Díaz, baña por supuesto, como vimos en Rawls, lo distributivo y social que la justicia encierra en su no-

ción, pero de ninguna manera abdica en el concreto evento de la justicia material, en donde se ponen en juego de modo específico libertad e igualdad debidamente encarnadas y no como mera abstracción ubicada en *las mayorías, las minorías o el pueblo*. Estos protagonistas imponen sus visiones, pero reconocen en la concreción su eficacia normativa.

Otra cosa muy diferente es, sin embargo, el grado de justicia material que quepa atribuir a tal democrática Constitución. Seguro que ni siquiera los sectores que la han redactado, consensuado y, después, votado —desde los miembros de las ponencias y comisiones constituyentes hasta las grandes mayorías populares— la consideran del todo justa respecto de unas u otras de sus decisiones y, menos aún, justa en su totalidad (justas todas sus decisiones): por supuesto que no.

Esto es colocar la *posición original* de Rawls en términos más realistas y aunque su influencia sigue vigente, empieza a cobrar actualidad y eficacia:

Pero seguro también —nos dice Díaz— que, en líneas generales y en no pocas cuestiones concretas, aquéllos reconocerán —unos más, otros menos— que contiene con bastante coherencia lo que la colectividad o el grupo social de que se trate, o al menos esas grandes mayorías, consideran como suficiente, adecuadamente justo, es decir, como justicia material en cuanto justicia histórica concreta o concreción histórica de la justicia material.

Bajo esta reflexión cargada de sinceridad vigente, no cabe olvidar que *la democracia* —como fórmula política— *no dice nada acerca de validez objetiva y legitimidad justa*, las propicia pero no las resuelve en su propio desarrollo, no hace un dictamen definitivo y permanente. En su trabajo cotidiano la democracia no podría aferrarse a un mero escepticismo ético, decidiendo una vez y para siempre un principio, pues su naturaleza es dinámica y proteica, y se acomoda a las necesidades y demandas vigentes del conglomerado social. Por ello en su ejercicio siempre exige revisión y subjetivismo, y abdica de cualquier dogmatismo que la inmovilice, pues eso sería, si estimamos, mirando la justicia, que sólo existe una y predeterminada solución a los eventuales conflictos. Elías Díaz dice:



Lo que, en consecuencia, quiero subrayar a través de estas graves observaciones es que la Constitución y el poder constituyente, por sus especiales características y exigencias, son y pueden verse, desde esa perspectiva, como muy fundamental zona de mediación y de convergencia para una suficiente (siempre imperfecta, nunca estática e inmutable) legitimidad democrática y, a su vez (aquí con aún mayores imperfecciones y variaciones), para una objetiva justicia material, histórico-material, en todo caso sometida, por supuesto, a pertinentes críticas y a racionales contrastaciones.

Ese papel *muy fundamental* que Díaz atribuye a la Constitución y sus creadores, es una expresión racionalmente reduccionista, pues el autor sabe que el evento de justicia no podría hallar en los meros textos supremos y en *su espíritu* las respuestas totales a cada caso y siempre será necesario acudir a esa subjetividad mutable que reniega del dogmatismo para razonar y decidir. La *mediación* que logra esa ley fundamental entre legitimidad democrática y acto de justicia es, precisamente, la impregnación de valores que logra en el juzgador u órgano jurisdiccional con base en las decisiones políticas fundamentales que se encerraron —objetivizadas— en esa Constitución de la que no se puede separar ni en letra ni en espíritu —ideología— el que decide y resuelve. Díaz afirma:

Me parece, desde luego, muy importante esa zona de convergencia formada por el poder constituyente, la Constitución y los grandes pactos políticos y sociales enmarcados en ella; si después de todo ello, si después, fundamentalmente, de la Constitución, las concretas decisiones legales mayoritarias fueran contra ella, contra esa legitimidad y esa justicia, sencillamente tales decisiones quedarían anuladas al probarse su anticonstitucionalidad por el competente máximo tribunal.

Esto merece una explicación pues a primera vista alguien podría ver una contradicción entre la aseveración de que la democracia es mutable y proteica y se entorna en su cotidiano devenir a través de criterios subjetivos no dogmatizados para informar su argumentación y decisión, y si es así y ante un hecho concreto, como lo plantea Díaz, las mayorías decidieran en el ámbito legal algo contrario a la decisión constituyente, la letra constitucional vigente y los pactos, tal se declararía jurisdiccionalmente anulado. Lo decidible es subjetivo y mutable como el caso concreto, pero ante todo tenemos algo preimpuesto que es esa norma suprema y

sus apoyos políticos y más allá o contra ello no se puede decidir, ni aun por las mayorías, en un Congreso, por ejemplo. Esa decisión, por lo pronto anulable jurisdiccionalmente, representa un impulso mayoritario cargado por ende de ideología y tal vez estemos ante el caso de una eventual reforma constitucional, estimando rigidez y normas técnicas al respecto.

Siempre tomemos en cuenta para avenir nuestro pensamiento estas consideraciones de Díaz: “Tanto la regla de decisión procedimental como la concreta justicia material son, en democracia, expresión de la libertad, de la autonomía moral individual; y ambas, a su vez, están incorporadas en la Constitución como norma básica o principio determinante de ella”.

En este sentido el propio Díaz acude a una certera afirmación de Peces-Barba en confronta con Laporta:<sup>116</sup> “La norma básica formal —soberanía popular y Estado de derecho— y la norma básica material —libertad, justicia, igualdad y pluralismo político— son expresión de una misma concepción ideológica que está en la base del consenso constitucional de los españoles”.

Esto es, y no nos extraña, que la justicia como expresión superior del constitucionalismo con todos sus atributos y prerrogativas está, de antemano y necesariamente, cargada de ideología constituyente. Eso impregna el acto concreto que a su vez recibe la impronta libre y autónoma del juzgador ante la controversia específica, lo que nos habla de ese maridaje que sólo ciegos y sordos no podríamos mirar o escuchar en su cabal dimensión existencial. Digamos en este momento crucial con Díaz, ante los posibles ataques del dogmatismo, que:

La justicia material de la norma fundamental, la Constitución sin más (que por su parte incluye necesarios equilibrios, resultados históricos, consensos realistas y presencia de minorías que puedan llegar un día a ser mayorías), garantiza ya un cierto, importante, nivel de comportamiento ético, una vía bastante sólida hacia los objetivos últimos de una teoría crítica de la justicia. De no ser así, aumentarían los riegos de deslegitimación, con graves dificultades de gobernabilidad y hasta de contestaciones activas y violentas cuando no de verdaderos movimientos de resistencia contra el sistema.

<sup>116</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984. Laporta, Francisco J., “Norma básica, Constitución y decisión por mayorías”, *Revista de las Cortes Generales*, 1984.

Díaz intenta felizmente una especie de definición de la justicia aduciendo que puede ser entendida como “la coherente —inteligente— articulación de los elementos que informan a una sociedad —y de algunos más—, en el análisis concreto de las situaciones concretas y en la progresiva transformación de aquellas circunstancias o situaciones que no se correspondan de manera adecuada con esos valores y esos objetivos derivados fundamentalmente de la libertad y de su plena progresiva realización para todos los seres humanos”.

Llegamos al meollo conceptual de la justicia que viene a ajustarse cabalmente a la visión que de ella nos ha dejado todo el repaso previo en esta obra. Pero debemos insistir en profundizaciones más exigentes para, al final, no quedar con el regusto amargo de no haber atendido el material doctrinario suficiente y por ello haber dejado en el tintero —como siempre suele pasar y criticarse— algo importante. Si colocamos dos extremos en la concepción racional de la justicia y los vemos desde nuestra perspectiva actual que invoca un acto de estimativa jurídica impregnado o no de ideología, conocidos en el *absolutismo axiológico* y el *inhibicionismo avalorativo*, podríamos reflexionar que ambos puntos son excluidos de antemano en nuestras deliberaciones, pero entonces debemos ubicarnos, dentro de esa tensión intelectual, en algún punto de equilibrio.

Nuestros paradigmas de deliberación deben ser en estos prolegómenos del siglo XXI el Estado social y democrático de derecho, un constitucionalismo pluricultural y legitimidad en los actos creativos del derecho en su aplicación e interpretación insalvable. Así, digamos con Elías Díaz:

El derecho de las democracias sería así un derecho que se impulsa y se autolimita desde la libertad. De todo ello derivaría, entre otras cosas, que la legitimidad democrática (o la democracia sin más) y la teoría de la justicia, aunque sin confusión, puedan y deban verse como más comunicadas de lo que es habitual, no sólo de hecho sino también, y sobre todo, como propuestas críticas valorativas de carácter, a la vez, ético y político.

Así pues, aunque no debía ser expreso por su naturaleza, hay que decir ahora que la justicia no es sino uno de los elementos y factores más viables e inteligentes del Estado moderno para impulsar el auténtico desarrollo social de la comunidad humana. A *golpes de sentencia*, digamos que en este siglo que inicia, el hombre podría cifrar la conquista más ca-

bal de sus derechos anhelados y así, a partir de una colaboración más extensa del Poder Judicial se podrá cimentar una convivencia armónica y ordenada, equitativa e igualitaria. Para ello, los juzgadores deben asumir su papel de juristas apegados al derecho, pero fundamentalmente no deben olvidar, por no ser usual o ser debatido, su formación personal ideológica que abrevó de la propia ideología constitucional y que no puede, sólo malamente, alejarse de lo político en su esencia más importante de gobernabilidad.

En este discurso nos serán de enorme utilidad los estudios de Alexy<sup>117</sup> en torno a su *teoría procesal de la argumentación jurídica* y su concepto sobre *racionalidad práctica*. Él mismo nos refiere teorías en ese sentido, unas como la de Aarnio que estima que la forma de vida juega un papel decisivo en la argumentación jurídica, y otras como la sostenida por Peczenik que invocan el angloamericanismo del *cultural progress* como factor influyente en tal argumentación. Alexy asume a la *razón práctica* como la noción central de su construcción doctrinal. Recomienda partir de la idea de un discurso racional para aspirar a perfección y verdad. Ello se logra mediante el procedimiento argumentativo adecuado que admitirá modificaciones durante el curso del mismo, distanciándose de Rawls, quien se atiene a su posición original, la que alimenta las elecciones o decisiones más avanzadas, quienquiera que sea el agente. En Alexy esa eventual modificación de las convicciones normativas variará según las características de los individuos comprometidos en las distintas fases del procedimiento y de las exigencias que se presentan como condiciones o reglas, con fuerza intrínseca diversa.

Las teorías de Alexy nos son propicias, pues su *razón práctica* en la argumentación finalmente tiende a una estructuración intelectual y a un resultado visto en la decisión final que es lo que por ahora nos interesa más allá de remitir al lector a su obra para conocer de sus diferentes procedimientos argumentativos. Él empieza afirmando: “La teoría del discurso no es nada más que un procedimiento para su tratamiento racional y aquí, cada convicción normativamente relevante es un candidato para una modificación basada en una argumentación racional”.

Esa *convicción normativamente relevante* en Alexy bien podemos traducirla, precisamente, a las formaciones intelectivas e ideológicas del

<sup>117</sup> Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, BEFDP, Fontamara, 2002.

agente involucrado en el procedimiento argumentativo. Ese discurso de Alexy no es sólo relativo y sólo objetivo, pues depende de ciertas peculiaridades —que están en la personalidad o circunstancias de los protagonistas— que finalmente influyen a las reglas en vigor. Así *la teoría del discurso evita tanto las debilidades de las teorías morales relativistas como las de las teorías morales objetivistas*, nos asegura el autor.

Traigamos a Prieto Sanchís<sup>118</sup> en un párrafo central de su obra que nos abre panoramas fundamentales, pues ya hemos sostenido el cada vez más agudo distanciamiento entre una ideología positivista que anula toda ideología y el constitucionalismo moderno:

La contradicción entre el constitucionalismo y el positivismo ideológico en su versión extrema resulta patente y no requiere mucha explicación. Como se ha indicado, este género de positivismo, que tan pocos adeptos ha cosechado, supone que la ley positiva, por el sólo hecho de ser fruto de la voluntad dominante, es justa y ha de ser obedecida en virtud de un deber moral o de conciencia. El constitucionalismo, por el contrario, representa tal vez la fórmula política históricamente menos complaciente con quienes ejercen el poder, sometiendo su actuación a múltiples condiciones formales y sustanciales; de manera que ninguna norma o decisión es válida ni, mucho menos, justa por el simple hecho de proceder de una autoridad legítima, si no resulta además congruente con el conjunto de principios y reglas constitucionales.

Esto insiste en lo que hemos venido sosteniendo al mirar el derecho, el constitucionalismo y ya en nuestros terrenos específicos los ingredientes del acto de justicia en su más cabal expresión de legitimidad. Así Prieto Sanchís se cuestiona: ¿es preferible un juez militante o comprometido que confiera valor moral a las normas que aplica por el hecho de proceder de una autoridad? Veamos su reflexión:

Pues bien, ¿conduce el modelo de jurista comprometido con el punto de vista interno que de algún modo presume moralidad del derecho y que tampoco tiene inconvenientes en ampliar las fronteras de éste para dar entrada a esa misma moralidad o concepción de la justicia? Desde luego, no necesariamente a una mayor presencia de estos elementos extrasistemáticos en sus sentencias, que en todo caso habrían de asomar en ellas si acep-

<sup>118</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, BEFDP, Fontamara, 1999.

tamos la tesis positivista de la discrecionalidad; es verdad que tal vez el juez Hércules o cualquiera que confíe en que, merced a la filosofía política que se conecta al derecho, siempre es posible hallar la “única solución correcta”, muestran menores reparos a la hora de invocar valores extraños al derecho, pero, desde nuestra perspectiva, sería injusto decir que el juez positivista no hace otro tanto cuando ejerce la discrecionalidad.

En rigor siempre fue así: jueces que resuelven con ciencia y conciencia y en donde vemos lo *moral* del derecho en este decir, sin reminiscencias decimonónicas, sino sólo en relación con esos ingredientes siempre presentes de orden extrasistemático y que finalmente informan la resolución judicial. El autor invocado nos habla de los riesgos inherentes a esta forma de mirar el acto de justicia:

Cuanto mayor sea la confianza en que las normas jurídicas son expresión de normas morales o en que alguna moralidad objetiva viene en nuestro auxilio en los casos difíciles, mayor será la tentación de encubrir la discrecionalidad y, con ello, de ocultar la responsabilidad sobre la decisión, haciendo aparecer como derecho (esto es, como decisión ajena) lo que, en el fondo, no deja de ser una —mejor o peor— concepción moral de quien la sustenta. De este modo, los jueces disponen de una amplia cobertura ideológica para *endosar* a otros (el legislador o la “mejor teoría moral”) sus propios fallos; una cobertura que no equivale a comodidad, pues exige de ellos un conocimiento y una reflexión hercúlea, pero que, a cambio, asegura su irresponsabilidad como creadores de derecho, con lo que, paradójicamente, no se cercena, sino que se estimula la discrecionalidad judicial.

Nosotros no nos arredramos ante tal posibilidad, riesgos finales de un Estado democrático y social de derecho, y finalmente contamos con los regímenes de responsabilidad consecuentes, pero siempre será preferible una justicia conductora del acontecer y quehacer sociopolítico de la comunidad, que una justicia autoinhibida y meramente dogmática, pues esa sí resulta profundamente injusta. Respecto a nuestra insistencia en distinguir claramente entre una justicia política que nadie desea y una justicia impregnada de valores y circunstancias sociales —vértebras de una ideología— debemos abundar para evitar confusiones, a donde seguramente nos conducirán los adversarios de nuestra posición. Una cosa es una justicia acomodada servilmente a los dictados del políticamente poderoso, y entonces generar jueces complacientes escudados en su irresponsabilidad

jurídica, y otra muy diferente es estimar la posibilidad de juzgadores alimentados de razones humanistas que no se agotan en la norma jurídica y provienen de información y formación extralegal para asumir en sus argumentaciones y resoluciones realismo axiológico y sociológico dentro de las normas constitucionales plenas de cultura. Prieto Sanchís se ocupó del problema:

La lección podría resumirse así: es verdad que los jueces no se ajustan escrupulosamente a las normas explícitas, y que éstas tampoco resultan suficientes, pero esto no significa que actúen como órganos políticos porque las fuentes morales de donde obtienen los criterios para decidir forman parte del propio derecho y, en todo caso, son ajenas a sus creencias ideológicas subjetivas.

Ante un orden jurídico que no se reduce a ser mero conjunto normativo sino que integra un verdadero desarrollo cultural o conciencia axiológica comunitaria y que no es posible que sea perfecto y completo en su semantización, previendo además tan sólo situaciones abstractas, aun lejanas de la concreción de la controversia particular que encara el aparato de justicia y ante una ideología asumida por las mayorías, reflejada ya en ese orden normativo supremo y permeado al ordinario y frente a juzgadores con calidad de hombres plenos de subjetividad ante los eventos, su enjuiciamiento y personas contendientes, también con expectativas morales o subjetivas, representantes de una sociedad que legitima o no el acto de poder, tan sólo podemos plantear una justicia asociada normativamente a ideología sin ir más allá, esto es, a respuestas politizadas cargadas de valores sensibles a la esfera social. Comprender así el problema frente a los muy justificados escrúpulos de Prieto Sanchís no estimula la generación de órganos políticos, sino embebidos de realismo y lejanos a cualquier positivismo ideológico. Entonces, digamos con él:

El positivismo moderno sitúa al juez ante su propia realidad y contribuye a levantar el velo de santidad que pretende cubrir los actos de la judicatura; en otras palabras, permite comenzar a hablar del control y de la crítica —no meramente jurídica— de las decisiones judiciales. Y esto tiene, a mi juicio, la saludable consecuencia de estimular la argumentación moral sobre problemas sustantivos y no ya la motivación formal dirigida únicamente a justificar la adecuación del fallo con unas determinadas reglas

preexistentes: a quien falla según estándares ajenos (o cree hacerlo) le basta con invocar la autoridad de la fuente de la que proceden tales estándares (el derecho, la moral social o ambas cosas); quien falla, al menos en parte, según su propio criterio viene obligado al desarrollo de su razonamiento con pretensiones de validez intersubjetiva en favor de la decisión.

Y esto desde luego ubica con nitidez absoluta nuestra posición en esta obra. Nunca pensamos en ese juez adversario al que refiere Dworkin, que se piensa dueño de la verdad moral y que por ello pretende en sus fallos buscar la mejor respuesta al caso, pasando por sobre o de lado del derecho, al estimar que éste prescribe lo que no debía prescribir y entonces se va a una argumentación absolutamente discrecional. Nuestro juez es un jurista que trabaja con un derecho vigente y válido, y al argumentar y resolver no se desprende, pues eso sería un autómata, de la ideología prevalente y de su propia concepción subjetiva basada en la potestad jurisdiccional que busca el *acto justo* y no de escueta arquitectura normativista, pues ha descendido de la abstracción al caso específico de la controversia y el trato igualitario a los protagonistas.

Para arribar a una noción más acabada del acto de justicia, parece insoslayable traer algunas concepciones fundamentales que nos auxilien a ubicar con precisión aquél, en el entorno de las calidades y naturalezas del derecho, en tanto conjunto normativo destinado a regular la vida de los hombres en comunidad. Serrano<sup>119</sup> nos apoyará en este intento desde su clarísima obra. Él se empeña saludablemente en diferenciar entre juicio de vigencia y juicio de validez, a los que a su vez distingue del juicio de justicia, de eficacia y de constitucionalidad. Vayamos por partes dentro de su pensamiento. Su definición de *juicio de vigencia*:

Es aquél que va referido a la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario; y como tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad.

Del *juicio de validez* nos dice:

Es aquél en virtud del cual se declara (si es positivo) que una determinada norma (cuya vigencia formal se ha comprobado como verdadera) se ade-

<sup>119</sup> Serrano, José Luis, *Validez y vigencia*, Madrid, Trotta, 1999.



cua además en su contenido a las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento, con independencia de que estas determinaciones sean reglas o principios, valorativas o neutras, justas o injustas, eficaces o ineficaces.

Esto que de una manera u otra ya habíamos revisado anteriormente, directa o indirectamente, pero como componente insalvable del derecho moderno viene a lustrar nuestros pensamientos y a brindarles una precisión admirable. Nuestro autor ve en la determinación de validez o invalidez de una norma jurídica una analogía en el procedimiento para determinar si ella es justa o injusta. El juicio de justicia es similar o análogo en forma y estructura al de validez pues ambos son *valorativos* en oposición clara a los estrictamente técnicos como en el caso de la vigencia. Una norma es válida si se ajusta —derivándose del principio de jerarquía normativa— a una norma superior en sus contenidos, y es justa a su vez, bajo ese procedimiento derivativo, si es capaz de ajustarse a una norma moral, esto es, extrajurídica y que vemos en la composición axiológica y sociológica comunitaria.

Por otra parte, ambos juicios son análogos pues se trata de estimativas complejas, difusas o de grado, según nos enseña Serrano, y esto en oposición también a los juicios de vigencia que resultan simples o binarios. Pero a esas analogías entre juicios de validez y de justicia, nuestro autor opone algunas diferencias:

1. El juicio de validez es opinable, variable y flexible; se ponderan los valores. La validez no se demuestra, se argumenta y contiene una *dinámica de control interno, de racionalidad sistémica que la justicia no tiene, o no en el mismo grado*. El sistema jurídico que controla a la validez es mucho más cerrado que el sistema moral que informa a la justicia.

2. La validez o no de una norma se determina desde la norma superior, y por ende estamos dentro del mismo sistema jurídico. La justicia se determina por factores extraños a ese sistema jurídico: *el juicio de justicia expresa un punto de vista externo al derecho*:

La tradicional teoría europea del derecho sostenía que el punto de vista externo era *ex parte populi*, mientras que el interno era *ex parte principis*. Este axioma no se modifica por la distinción garantista entre validez sustancial y justicia. El juicio de justicia en cuanto juicio externo al sistema sigue siendo un juicio de aquellos que están fuera, es decir, del pueblo.

En ambos casos, el poderoso, el príncipe, en una democracia y bajo el principio de representatividad, al argumentar y resolver desde los estrados de la justicia, debe atender estos dos juicios en torno a la validez o no de una norma y en rededor a su calidad de justa o injusta, bajo los parámetros ya mencionados con Serrano. Agreguemos con él algo sustancial:

El soporte de estos juicios (de validez) es jurídico, es decir no hay escapada o salto lógico a un plano de normatividad exterior justa. Lo que ocurre es que el plano axiológico y el normativo están relacionados. La arbitrariedad del juicio de validez, a diferencia del juicio de justicia, está delimitada y contenida por su propia formalidad.

*Ergo*, el juicio sobre lo justo o injusto de una norma no sólo es más abierto y libre, sino de honda raigambre material. El juicio de justicia, a diferencia del de validez que siempre es jurídico, puede montarse en factores sociales, políticos o morales.

En relación con las decisiones judiciales al tener frente a sí normas vigentes, tachadas de inválidas por no ajustarse a la norma superior, que quede claro que la vigencia en sí misma no implica el deber del juez de aplicarla si la estima carente de validez. “Defender la imposibilidad de este juicio abrogatorio [nos dice Serrano], de reglamentos, significaría defender la subordinación del Poder Judicial al Poder Ejecutivo y nadie parece dispuesto a sostener expresamente tal atentado contra el principio de división de poderes”.

En la confronta del Poder Judicial y el Legislativo, y viendo esas facultades derogatorias de leyes o anulatorias, o la simple posición de excepcionarlas en casos específicos, el debate radica en la discusión de si el juez tiene o se le niega una facultad derogatoria o potestad legislativa negativa.

Si un sistema jurídico otorgase al juez esta potestad, sin duda convertiría a la jurisprudencia en fuente del derecho y admitiría que no sólo la ley puede derogar a la ley; puede, incluso, que se produjese un sometimiento del Poder Legislativo al Poder Judicial —el tan temido por los legalistas “gobierno de los jueces—”. De ahí que tantos ordenamientos jurídicos, entre ellos el español, hayan optado constitucionalmente por conceder esta facultad abrogatoria o Poder Legislativo negativo de manera tasada y a un órgano especial, que no es Poder Judicial: el Tribunal Constitucional. En

todo caso, lo importante para el buen funcionamiento de un sistema jurídico no es tanto que la potestad abrogatoria de la ley o Poder Legislativo negativo resida en un órgano específico (otros muchos sistemas optan por atribuírsela a los tribunales supremos) como que esté tasada en cuanto competencia y bien reglamentada en cuanto a los procedimientos.

Hoy por hoy vivimos bajo estos supuestos jurídico-políticos y es irrenunciable un nuevo y saludable protagonismo de los jueces, siempre acotados, siempre ubicados entre legalidad y legitimidad. Cerramos esta etapa del texto con una argumentación impecable de Serrano: “En efecto, la ley a la que el juez está sometido no es nunca un dato textual inmóvil y fijo, sino sobre todo una combinación de ley ordinaria y norma constitucional, que puede invalidarla y, en todo caso, la pone a tensión”.

Por supuesto que tal visión no viene sino a corroborar las cualidades y alcances vigentes que hemos visto para los jueces del siglo XXI. En este momento conviene traer las nociones tan proclamadas por él mismo en torno a la noción de *derecho dúctil* de Zagrebelsky,<sup>120</sup> que nos auxilian a darle fijeza a nuestros conceptos. El profesor de Turín nos invita a reflexionar, proponiendo, con una palabra, la idea más aproximada al sentido actual del derecho en los Estados constitucionales actuales. Ductilidad es:

La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Estas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas.

Zagrebelsky mira la ductilidad constitucional asociada a la coexistencia y el compromiso aludidos. El ingrediente político que forzosamente

<sup>120</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1999.

se advierte, no se asocia con la exclusión o con la imposición, sino que cumple una tarea de integración precisamente mediante la red de valores y procedimientos comunicativos. Respecto de la justicia nos informa:

Los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que los poderes públicos deben perseguir. El cuadro no es estático, vuelto hacia el pasado, sino dinámico y abierto al futuro. El Estado no está llamado sólo a impedir, sino también a promover, empeñando positivamente para este fin sus propias fuerzas y las de los sujetos privados.

Y abunda:

Dicho de otro modo, hay exigencias de justicia general, existe un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal. Las normas de justicia de las Constituciones actuales establecen así una distinción, que puede convertirse en contraposición, entre intereses individuales e intereses generales cualitativamente distintos de la pura y simple suma de los individuales.

El autor italiano encuentra en razones histórico-culturales el impedimento para mirar la distancia que se interpone entre la problemática de los derechos y la problemática de la justicia en lo normativo. La fuerza de los derechos ha ocultado las exigencias de la justicia y de ello resulta la sobrexaltación de la función individual de ésta, y en rigor la justicia se ubica en un punto intermedio entre lo general y lo individual. Finalmente lo importante con la justicia es esa promoción de un orden general justo y no tan sólo la escueta protección del interés individual. En ello el Estado debe hallar su verdadera legitimidad pues asume los principios y valores constitucionales y sabe resolverlos procedimentalmente. Propone entonces que la vida en comunidad, regulada desde el constitucionalismo vigente, se advierta no sólo como un conjunto de derechos individuales, pues es también un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia, misma que desde luego, impone deberes.

La incorporación de las definiciones de justicia a la ley es algo bueno en el discurso histórico del constitucionalismo, sin embargo, Zagrebelsky se queja, pues se reduce el concepto de justicia a la ley. El positi-

vismo jurídico puede conducirnos a cerrar la posibilidad de *una distinción jurídicamente relevante* entre ley y justicia. En realidad, tal diferencia radica en el plano ético y no en el jurídico. El no verlo así provoca un comentario del turinés:

En una sociedad política donde la hegemonía la ostentaba una sola clase, la ley reflejaba un orden simple con el que podía identificarse enteramente, expresando su intrínseca visión de la justicia. No faltaban las críticas al ordenamiento jurídico liberal burgués desde otras visiones de la justicia, pero, por definición, dada la estructura “cerrada” del Estado, tales críticas no podían ser sino externas, antijurídicas. Representaban una amenaza para el ordenamiento como tal, no siendo integrables en tanto la Constitución de aquel Estado siguiera siendo la que era.

Para nuestro autor, en estos días estamos en presencia de una Constitución pluralista que es continente de un pacto político, al que cada una de las partes implicadas introduce sus propios conceptos y principios que alimentan el ideal de justicia. Tales ideales provienen de lo prejurídico y se insertan en el derecho objetivizado brindándole una enorme fuerza consensual a la carta fundamental.

El contenido de la ley no está estrictamente vinculado a estos principios, como ocurriría si los mismos fueran unívocos, su composición necesaria, sus consecuencias de sentido único, sus equilibrios inmodificables. Si así fuese, la vida política se vería inmediatamente petrificada, destruida su puesta en juego. La ley expresa, por el contrario, las combinaciones posibles entre los principios constitucionales, que se limitan a establecer los puntos irrenunciables de cualquier combinación. La ley mantiene así su carácter de acto creador de derecho y no viene degradada a mera ejecución de la Constitución. Se configura, sin embargo, como derecho particular y contingente, es decir, como derecho que refleja el punto de vista de los sujetos políticos que ocasional y temporalmente logran prevalecer en el proceso legislativo en virtud del principio de la mayoría.

De tal manera que la distancia entre ley y justicia se torna evidente bajo esa perspectiva, y es ahí precisamente, ante esa inmutabilidad en lo particular del creador legislativo, que la ley se interpreta bajo auspicios iguales de orden jurídico pero con el precioso elemento de lo valorativo en tiempo y lugar, y finalmente todo montado bajo un mismo paraguas constitucional.

En este tenor debemos invitar al lector a revisar nuestra posición doctrinaria<sup>121</sup> desde el punto de vista del derecho penal, planteada para distinguir las edificaciones de la ya muy rebasada *dogmática penal* —que renuncia a lo axiológico— que insiste en lograr, para llegar —paradójicamente, pues admiten esa separación entre ley y justicia a rajatabla— a un juicio de valor —justicia penal— que denomina *culpabilidad* —una mezcla inconcebible entre hecho y norma—, cuando en rigor ubicamos nuestro punto de mira en la cientificidad del derecho y en el que debemos intentar vinculaciones conceptuales entre lo fáctico y contrafáctico, para finalmente dilucidar la presencia o no de un injusto punible, que sabe mirar la ley y la justicia en conjugación. Aquella postura dogmática deviene de una lamentable confusión al traducir al castellano por un lado la noción alemana del *tatbestand*, que implica una mera *confirmación del hecho*, y por otro del latín *corpus delicti*, para separarlos arbitrariamente en lo sustantivo y adjetivo de esa rama jurídica, cuando en rigor es lo mismo: derecho penal y por ello el concepto de *tipicidad*, que representa esa mixtura inadmisibles, no puede diferenciarse de la comprobación del cuerpo del delito.

Ya Zagrebelsky advierte sobre la separación artificial de lo que debería ser una *actio duplex* de la aplicación judicial del derecho, pues los positivistas —que nosotros hallamos en lo penal, en los dogmáticos— ocultaron esa interrelación que él defiende: *ley-derechos-justicia*, que plantean nociones diversas pero cohabitantes de un mismo evento. Con los dogmáticos la realidad a la que el derecho se aplica aparece siempre *ensombrecida y privada de todo valor*, ya se asuma el camino del llamado silogismo judicial en el que el “hecho” es la “premisa menor” y la norma, la “mayor”, o ya por la vía de la subsunción en la que el supuesto de hecho se subsume en el de derecho, esto es, lo concreto con lo abstracto.

Este autor nos advierte que aún son muchos los que conciben el derecho como un arsenal de moldes jurídicos — las normas — que se aplican sobre la realidad. Esa posición contrasta evidentemente con todo lo que hemos venido sosteniendo en torno al “acto de justicia”. Zagrebelsky nos hace ver que con aquella visión se eliminaba de raíz toda influencia del caso en la interpretación del derecho y entonces la labor de la jurisprudencia

<sup>121</sup> González de la Vega, René, *Ciencia...*, cit., nota 6.

dencia se agotaba en el mero servicio al legislador y a su voluntad. Así nos sugiere lúcidamente:

Tal vez sea posible explotar la incierta etimología de “interpretación”, un término compuesto en el que el sustantivo (*praest* o *praestatio*), de oscuro significado (tal vez comprensión de la voluntad ajena), va precedido por la preposición *inter*. Esta preposición indica con seguridad una actividad intermedia o mediadora que —para nuestro propósito— podemos situar entre el caso real y la norma que debe regularlo. Actividad intermedia que se sitúa en la línea de tensión que vincula la realidad con el derecho, lo que representa el enésimo replanteamiento de la lucha, jamás extinguida y acaso irrenunciable, entre la *ratio* del caso y la *voluntas* de la ley. De acuerdo con los caracteres actuales del derecho, tal y como han sido antes descritos, la *ratio* se ha secularizado y, en cierto sentido, también se ha positivizado con el establecimiento convencional de los principios constitucionales, mientras que la *voluntas* de la ley ha sido despojada de la condición de fuerza ciega que aspira a imponerse siempre.

Así pues, el juzgador interpreta el derecho bajo la solución de esa tensión entre realidad y norma, entre lo concreto y lo abstracto, y en ello desde luego no se inscriben subjetividades irreconciliables con la más pura objetividad social, y de esta última forman parte las ideas y las expectativas, para decirlo pronto, de la comunidad y de los individuos en particular. Los hechos y los valores sociales se han objetivado jurídicamente, recogidos en los principios constitucionales, y el hombre que juzga se alimenta de ello y de su realidad más *viva* y más actualizada al momento del juicio, donde la norma ha perdido esa condición de fuerza ciega que simplemente se imponía, que tuvo bajo los dogmáticos. Por ello Zagrebelsky nos enseña: “Como el derecho es norma “media” que sólo excepcionalmente atribuye relevancia a las motivaciones internas de los agentes, la categorización de las acciones de éstos debe ir referida al contexto cultural objetivo en que se desarrollan”.

Pero aún más, en estas asociaciones ideológicas a la justicia, ante esos casos difíciles u oscuros: “Naturalmente, cuando tal contexto falte, porque por ejemplo, se trate de un nuevo tipo de acción y no haya acuerdo sobre su sentido, o porque existan divergencias sobre los valores, quien aplica el derecho se encontrará sin otros parámetros que los que él mismo pueda darse”.

En todo esto encontramos ya bastantes precisiones para llegar a una afirmación crucial: el *acto de justicia* procedente del juzgador, destinatario de los mensajes normativos, se estructura de éstos, con éstos, para éstos y en ellos encuentra la sustancia formidable de categorismo jurídico y si se quiere de juegos silogísticos que tanto gustan a los juristas más tradicionales, pero también halla lo que el legislador incluyó desde la justificación existencial de esa norma seleccionada para el caso concreto, hasta la desagregación de sus componentes culturales y subjetivos, consistente en los fundamentos constitucionales (principios), axiología y sociología imperantes. Él mismo a su vez, imbuido de esa caracterización cultural de su entorno y ubicado en ella, respondiendo a su origen en su designación a tendencias decisorias de los órganos políticos del poder de dominio público, ejerce su misión de manera independiente y fundado en la potestad jurisdiccional que se le ha otorgado, y entonces aspira a brindar un tratamiento igual a todos, bajo circunstancias iguales y a resolver en equidad y proporcionalidad. El juez es un jurista, pero es también un hombre lejos del automatismo y sabe que el nuevo derecho no se funda en esa aspiración ciega de la norma por la imposición definitiva, sino que está sumergido en un mundo real.

El juez motiva sus decisiones a partir de argumentaciones y razonamientos jurídicos colmados de valores. En las diversas materias en que se descompone la enciclopedia jurídica, hay una parcela especialmente sensible que es la penal. A ella se refiere Ferrajoli<sup>122</sup> con su maestría habitual:

Verificabilidad y verificación de las motivaciones, como he demostrado en la primera parte, son, por otro lado, las condiciones constitutivas de la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad de las decisiones judiciales. Y valen como tales para garantizar ese específico derecho fundamental que interesa al derecho penal que es la inmunidad del ciudadano inocente frente a puniciones arbitrarias. De ello se sigue que el vínculo de la verdad procesal es también la principal fuente de *legitimación externa, ético-política o sustancial* del poder judicial que, en contraste con otros poderes públicos, no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal, precisamente por el carácter cognoscitivo de los hechos y reconocitivo de su calificación jurídica exigido a las motivaciones de los actos jurisdiccionales.

<sup>122</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2001; *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.



En este caso penal sobresale la cuestión en la que nos encaminamos, pues llevando al extremo nuestras circunstancias al estar en juego libertad o vida de un individuo, el juzgador se ha de mostrar más independiente que nunca en uso de su potestad jurisdiccional. Es verdad que los principios constitucionales en vigor y que las tendencias del poder político y de las mayorías podrían inclinar la balanza a determinado lado ante un caso concreto. Podría presentarse incluso un evento de la perniciosa *justicia política*, pero parte de los talentos y conocimientos de un juzgador estará, precisamente, en descubrir según conocimientos (ciencia) y percepciones personales (conciencia) su propia convicción ideológica, así se enfrente a esos poderes. En esos casos es en donde se muestra a cabalidad no sólo la sapiencia jurídica, sino fundamentalmente las convicciones y el valor personal del juez y su ideología. Ferrajoli afirma:

El fundamento de la división de poderes y de la independencia de la función judicial de los poderes legitimados mayoritariamente descansa, en suma, no sólo en la intrínseca ilegitimidad de funciones jurisdiccionales informadas por el principio de autoridad, sea cual fuere la autoridad que ejerza, sino más bien en el principio de verdad. Éste se funda, a su vez, en la necesidad de preservar de la opresión de la mayoría no desviada precisamente a aquel al que se supone desviado, de tal manera que un juez pueda absolverlo incluso contra la voluntad de todos.

Nos inscribimos nuevamente en el discurso jurídico, pues de otra manera no podríamos justificar posicionamientos como los revisados, y si abrevamos de Comanducci,<sup>123</sup> podremos estar en condiciones mejores de comprensión integral de este problema. Para encarar las cuestiones éticas en el trabajo jurídico, ve tres tipos diferentes de análisis posibles: *el nivel lógico-semántico* (¿en qué sentido tal supuesto?), *el nivel filosófico-político* (¿por qué tal supuesto?), y *el nivel jurídico* (¿cómo tal supuesto?). Dice que en el momento de acomodar los niveles de argumentación estando satisfecho el primero seguramente se colmará el último, pero no viceversa: “la lógica [nos enseña] constituye un instrumento de control de los argumentos filosófico-políticos y jurídicos y, en una menor medida, una concepción filosófico-política puede constituir una medida para juzgar algunas de las conclusiones que se obtienen en el nivel jurídico”.

<sup>123</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico*, México, BEFDP, Fontamara, 1999.

Eso en el nivel ético, pero en el de las conclusiones que guían los juicios la escala se comporta exactamente a la inversa, iniciándose con lo puramente jurídico para cribarlo de filosofía política y lógica semántica. Ya en estos circunloquios, Comanducci se dirige a analizar la debida justificación del razonamiento jurídico desde dos ángulos diferentes: *el emotivismo radical* y *el objetivismo radical*. Tras sus exposiciones y críticas, tomemos su descripción en cuanto al segundo de los puntos de mira:

Los objetivistas además de ser cognoscitivistas, de sostener que los valores y las normas son cognoscibles, son generalmente no divisionistas. En otras palabras, no aceptan la “gran división” entre ser y deber ser, entre ciencia y no ciencia, entre los discursos con función cognoscitiva y los discursos con función prescriptiva; distinción que, por otra parte, constituye el fundamento de la postura emotivista. Para ser más precisos habría que decir que algunos objetivistas la niegan del todo y otros no la consideran decisiva.

Con esa posición no divisionista no separan el razonamiento teórico del práctico por lo que las reglas que guían al primero, lógicas o de otra naturaleza, guían también al segundo. Ya en estos terrenos Comanducci nos explica esquemáticamente lo que el objetivismo sostiene como tesis centrales en el ámbito jurídico:

a) que los discursos de los jueces y de los legisladores deben valorarse, en primer lugar, en función de su conformidad con los principios, reglas y valores de orden moral. El objetivismo radical en el campo jurídico se conjuga normalmente con una metaética iusnaturalista: vale decir, con la posición según la cual sobre el derecho positivo existe un derecho natural con un rango superior al de las leyes y las sentencias. Este derecho natural no estaría escrito sino inscrito en la naturaleza (del hombre, de la sociedad, de la creación, etc.), a la cual el derecho positivo debe conformarse. Los discursos de los jueces y de los legisladores serán, pues, juzgados válidos, legítimos, justos, en la medida en que se conformen con los dictados del derecho natural;

b) que los discursos de los jueces y de los legisladores deben valorarse, en segundo lugar, sobre la base de su conformidad con la ley (válida, legítima, justa). Al menos en los sistemas en los que se asume la obligación de los jueces de mantenerse fieles a la ley (como sucede, al menos en el nivel de las afirmaciones verbales, en la mayor parte de los sistemas jurídicos

posteriores a la Revolución Francesa), la posibilidad de conocer el verdadero significado de la ley implica la posibilidad de ver la aplicación de la ley, al caso concreto como una inferencia silogística; y

c) que los discursos de los juristas, en cuanto se dirigen a conocer normas, principios y valores, son discursos acerca de los cuales se puede predicar la verdad o falsedad. En este sentido, el razonamiento de los juristas puede aspirar a la objetividad, en la medida en que incluya en sus propias premisas valores morales, normas y principios jurídicos considerados verdaderos y se haga uso de las reglas de inferencia (lógicas o a-lógicas) que se consideren aplicables en el campo jurídico.

Comanducci repudia tanto el emotivismo radical, como este objetivismo que nos ha descrito por su incapacidad teórica y por su sentido superfluo que no se compadece de lo científico, dado su *apriorismo* evidente. Ante tal, invocando a Weinberger, conviene en que la objetividad relativa, que es como debemos apreciarla y no en su radicalismo mostrado, puede ser alcanzada en el campo del discurso práctico, siempre que se funde en la racionalidad. Para resaltar su posición, propone los criterios de la racionalidad lógica y de la racionalidad práctica como elementos conjuntamente necesarios —aunque insuficientes por separado— para la justificación del razonamiento de los juristas.

Wróblewski, citado por el propio Comanducci, nos proporciona una relación de cuatro actividades que un juez lleva adelante al decidir un caso:

- a) La elección de una norma jurídica válida.
- b) La decisión acerca de los hechos.
- c) La subsunción del caso concreto en el caso abstracto previsto por la norma anteriormente elegida.
- d) La decisión de qué consecuencias, entre las indicadas por la norma, se aplicarán al caso específico.

El profesor de Génova afirma con toda razón y en el tono de nuestros actuales empeños:

En la realización de todas estas actividades el juez emplea directivas que guían sus elecciones. Estas directivas pueden estar recogidas en normas jurídicas; pueden ser cánones elaborados por la cultura jurídica a la que pertenece el juez; pueden depender del paradigma científico aceptado en la comunidad de la que vive el juez o pueden ser fruto de la ideología política, moral, religiosa que el juez comparta.

Cerremos este inciso con el pensamiento de un autor cumbre en esta hora y que se asimila al enclave imprescindible que sirve de puente entre la doctrina del siglo que se fue y este milenio que inicia. Habermas<sup>124</sup> nos abre panoramas insoslayables para todo aquel que emprenda el estudio del derecho y la justicia a profundidad y con sentido de actualidad. Iniciamos con un aserto crucial: *la teoría del derecho es en primera línea teoría de la jurisdicción y del discurso jurídico*.

Cuando analiza la tensión inmanente entre facticidad y validez dentro de la administración de justicia, al referir la tesis de Dworkin, asegura: “Los fallos emitidos, para cumplir la función sociointegradora que ha de ejercer el orden jurídico y satisfacer a la pretensión de legitimidad del derecho, han de cumplir a la vez los requisitos de representar *decisiones consistentes* y de ser *racionalmente aceptables*”.

Al lector le resulta fácil incorporar esta primera afirmación a la línea general de pensamiento que hemos sostenido. Se implica por supuesto que la seguridad jurídica provendrá en los fallos si resultan consistentes en el orden jurídico vigente. Por otro lado, la pretensión de legitimidad exigirá resoluciones judiciales concordantes con los precedentes pero fundamentalmente han de ser aceptadas por la comunidad por su auténtico fundamento racional. “Al igual que las leyes, también las decisiones judiciales son “creaturas tanto de la historia como de la moral: lo que un individuo está legitimado a tener en la sociedad civil, depende, tanto de la práctica, como de la justicia de sus instituciones políticas”.

Es preciso acotar y recordar que la teoría de Dworkin, que analiza Habermas, está recargada en la premisa de que en las instituciones impartidoras de justicia los *puntos de vista morales* desempeñan un papel desde el instante en que el derecho positivo los ha asimilado inevitablemente.

Cuando analiza a conciencia ese pensamiento de Dworkin, acaba por arribar a esa noción sarcástica de los iusfilósofos sobre el juez hercúleo que supone toda esa edificación teórica. Entonces el propio Habermas abunda:

Las objeciones discutidas hasta aquí contra el sentido y practicabilidad de una teoría ideal del derecho la cual habría de posibilitar la mejor interpretación judicial posible de los derechos y deberes, de la historia institucional y de la estructura política de una comunidad constituida en términos

<sup>124</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2000; *Verdad y justificación*, Madrid, Trotta, 2002.

de Estado de derecho, han partido de la premisa de que dicha teoría tiene un único autor, a saber, el juez de cada caso, que por tanto, no ha tenido más remedio que elegirse a Hércules como modelo.

Visto así el resultado de tal exigencia, un derecho tan omnicomprendivo y perfecto, Habermas tiene toda la razón y entonces concluye:

Ya las respuestas que Dworkin da, o podría dar, a sus críticos, suscitan dudas acerca de la sostenibilidad de ese pensamiento *monológico*. Pues el punto de vista de la *integridad*, desde el que el juez reconstruye racionalmente el derecho vigente, es expresión de una idea de Estado de derecho que la administración de justicia, junto con el legislador político, se *limitan* a tomar del acto fundacional que representa la Constitución y la *praxis* de los ciudadanos implicados en el proceso constitucional.

Al decir de Habermas en este desarrollo, los jueces procuran alcanzar su propia opinión. Al referir sus enunciados nos dice: “Estos enunciados presuponen que el juez, tanto en virtud de sus conocimientos y habilidades profesionales, como merced a sus virtudes personales, está especialmente calificado para asegurar, en sustitución y representación de los ciudadanos, la integridad de la comunidad jurídica”.

Y entonces ha menester afirmar con el autor desde el ángulo de la necesidad de *empatar* la autolegitimación fáctica de ese estamento profesional, surgido de la perspectiva interna judicial con los llamados principios procedimentales de orden jurídico, lo siguiente:

Los principios procedimentales que aseguran la validez de los resultados de una práctica de decisiones atendida a procedimiento, han menester de una fundamentación interna. Tampoco basta el recurso a las regulaciones positivadas en términos de derecho procesal; pues la racionalidad que la normativa procesal sin duda comporta, es ingrediente del derecho vigente necesitado de interpretación, cuya interpretación objetiva es precisamente lo que está en cuestión. De este círculo sólo puede sacarnos una reconstrucción de la práctica interpretativa que proceda en términos de teoría del derecho y no en términos de dogmática jurídica.

Una teoría de la justicia que asume legitimidad y seguridad jurídica, ha de saber comprender, primero, que el solipsismo judicial es falible y por tanto, es preciso una actitud judicial mucho más abierta:

Este problema no queda, ciertamente, resuelto, pero sí es tomado en serio por una teoría discursiva del derecho que hace depender la aceptabilidad racional de las sentencias judiciales no sólo de la calidad de los argumentos sino también de la estructura del proceso de argumentación. Esa teoría se apoya en un concepto fuerte de racionalidad procedimental, conforme al cual las propiedades que son constitutivas de la validez de un juicio, no sólo han de buscarse en la dimensión lógico-semántica de la estructura de los argumentos y del enlace de enunciados, sino también en la dimensión pragmática del proceso de fundamentación mismo.

Ese pragmatismo procedimental siempre racional, en donde se presenta una especie de competencia entre argumentos, autoriza a complementar la semantización normativa y a lograr validez mediante el discurso jurídico en donde se actualiza ese potencial de motivación racional que las buenas razones comportan. Las condiciones para ello consisten en allegar en tiempo y forma al juzgador todas las razones e informaciones relevantes de que pueda disponer en torno a un tema que enjuicia y sólo así llegará a una motivación racional que conjugará la facticidad encarada con la validez exigida.

Al adentrarse en cuestiones de una nueva concepción de la potestad jurisdiccional dentro de la arquitectura política del Estado de derecho, Habermas no soslaya los cuestionamientos ni los temores de los más tradicionalistas:

Si se parte de este modelo (liberal), el orden jurídico “materializado” que representa el Estado social, orden que no sólo se compone (y ni siquiera en primer término) de programas condicionales claramente recortados, sino que mantiene objetivos políticos y en la aplicación del derecho ha menester de una fundamentación a partir de principios, puede aparecer como una socavación o conmovión, e incluso como una corrupción de la arquitectónica constitucional.

Revisemos su argumentación que viene a solventar nuestras ópticas anteriores:

A un juicio completamente distinto acerca de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, descrita y diagnosticada en términos similares, llega Böckenförde. Mientras que Denninger, analizando sentencias del Tribunal, constata una *tendencia* que podría ser síntoma de un preocupante trán-

sito desde la dominación legal de corte liberal a una “dominación a base de una legitimidad sancionada judicialmente”, Böckenförde ve en todo ello un *dilema* inevitable.

Fundando sus asertos en la visión de su paisano, Habermas nos dice:

Piensa (Böckenförde) que el tránsito del Estado legislador parlamentario al Estado-jurisdicción del Tribunal Constitucional es incontenible si no se logra restaurar aún una comprensión liberal del derecho. La *jurisdictio* está pensada aquí en el sentido premoderno del poder basado en el derecho suprapositivo, que asistía al príncipe en su calidad de juez supremo y que precedía a la disyunción que el Estado de derecho comporta entre producción y aplicación del derecho; “Bajo el signo de que en lo que respecta a derecho objetivo, los derechos fundamentales tienen el efecto de principios, se produce, considerando las cosas tipológicamente, una equiparación y aproximación de la producción parlamentaria del derecho y del desarrollo del derecho por parte del Tribunal Constitucional. La primera queda rebajada de producción original del derecho a concretización de él, y la segunda queda levantada de aplicación interpretativa del derecho a concretización creadora del derecho... La diferencia, antes cualitativa, entre producción normativa y administración de justicia tiende a quedar neutralizada. Pues lo que ambas hacen es crear derecho en forma de concretización de él, y compiten en tal tarea. En esta relación de competencia el legislador tiene la prioridad, pero el Tribunal Constitucional tiene la primacía... La cuestión que todo ello suscita es la de la legitimación democrática del Tribunal Constitucional”.

Esta conjunción de pensamiento entre los autores alemanes no podía ser más definitiva en cuanto a las tendencias que ya avizoramos en este siglo XXI, y el papel de la jurisdicción en la edificación jurídico-política y cultural del nuevo Estado social y democrático de derecho. Habermas concluye con su comentario en torno al dicho de Böckenförde:

Böckenförde está convencido de que los principios del Estado de derecho sólo son compatibles con una comprensión liberal de los derechos fundamentales como libertades subjetivas de acción inmediatamente válidas de las personas privadas frente al Estado, pues de otro modo no podría mantenerse la separación funcional entre administración de justicia y producción legislativa ni, por tanto, la sustancia democrática del Estado de derecho: “Quien en lo que respecta a la formación del derecho quiera

mantener la función determinante del Parlamento, y quiera evitar la progresiva reestructuración del edificio constitucional en favor de un Estado-jurisdicción del Tribunal Constitucional, habrá de atenerse también a que los derechos fundamentales —judicialmente accionables— “sólo” son derechos subjetivos de libertad frente al poder del Estado y no simultáneamente normas-principios objetivos (obligatorios) para todos los ámbitos del derecho”.

Desde el *liberalismo igualitario* de Rawls, hasta el pensamiento que hemos recorrido en este inciso, y sumando —*acumulación de obras*, insiste Recaséns— lo visto y analizado en apartados previos, llegamos a estas líneas de la obra con un compendio más o menos integral en torno a la justicia, sus nuevos derroteros y sano protagonismo en la construcción del mundo jurídico y de poder político a partir del nacimiento del tercer milenio. Esta última afirmación que desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial se justifica plenamente, bajo ninguna circunstancia puede confundirse con la llamada *justicia política* que todos abominamos. Por ello es natural y necesario abordar esa noción corrompida de la justicia en apartado singular, para de una vez por todas desecharla y diferenciar a cabalidad nuestro punto sobre *justicia e ideología* y aquella siniestra aparición en algunos regímenes y durante diversas épocas.

### XIII. JUSTICIA POLÍTICA

Admitir e incluso promover la existencia y prevalencia de una justicia que funciona mediante estimativas jurídicas plenas de valores y hechos sociales circundantes, hallándose entre estos factores que han de alimentarla los de orden sociopolítico y cultural del pueblo en el que se inscribe la función, para no dejarla a un enteco silogismo lógico-formal, que nos retornaría a eras rebasadas, conforme a todo lo dicho y revisado con anterioridad y al advertir la existencia de jueces cargados de su propia sapiencia, subjetividad y reductos de su intersubjetividad, que desde su más cabal independencia resuelven controversias jurídicas, dando a cada cual su derecho con base en una pretensión legítima, aspirando siempre a trato igual, proporcionalidad y equidad en el fallo, bajo ninguna apreciación o desde ningún punto de vista implica una *justicia política*.



El acto de justicia es un acto del poder público de dominio. Ese poder está inserto en la fuerza de un Estado democrático y social de derecho. Esto implica que el poder o potestad jurisdiccional como todo lo demás —gobierno y gobernados— se somete al orden jurídico plenario vigente. Además significa que el poder de dominio público tiene un origen democrático, esto es, representa la soberanía popular y no sólo se abstiene ante los derechos fundamentales, individuales, de clase, o colectivos, sino que hace todo lo necesario para lograr un pleno y cabal disfrute de ellos por todos. Esos derechos fundamentales consagrados en la Constitución, cualquiera que sea su generación o antigüedad o su valimiento en lo natural o racional, se hallan garantizados por vías jurídicas, sociales y políticas y esto es lo que les permite una resolución plena y completa. Además las normas constitucionales establecen, en tanto garantía superior, la organización política del poder público bajo los principios básicos de división, vinculatoriedad de todos al orden fundamental y distribución de competencias. Si bien el poder de la jurisdicción no presenta las características de representación popular que distinguen a las otras ramas —Ejecutiva y Legislativa—, sí halla su origen en la designación de sus integrantes a través de la coparticipación de esas ramas políticas del poder. Esa división de poderes no genera escapatoria para desvincularse de dos circunstancias explícitas y obligantes: la norma constitucional predeterminada que ya se integró desde la actividad del constituyente de valores y realismo social, para semantizar sus normas de cultura y que por ende informan en toda su dimensión no sólo desde la estricta categorización normativa, su desarrollo legislativo y los actos —desde la competencia de cada cual— de aplicación e interpretación jurídicas a casos concretos, con fuerza ineludible; y por otro extremo, las calidades democrática y social, amén de jurídica, que rodean o invisten a los poderes del orden público y que los impelen a tomar siempre en consideración esas condiciones de clara raigambre política, axiológica y cultural en vigor.

Bajo estas premisas, el ejercicio de la potestad jurisdiccional no puede ser visto como un mero instrumento mecanizado del ejercicio del poder público, sino como su integrante más imparcial y técnico en la resolución de causas que el propio discurso sociopolítico de una comunidad plantea. El Poder Judicial goza de unidad, de integralidad, pero ello no le impide formarse de órganos diversos —juzgados y tribunales— que ejercen su función de manera independiente. A diferencia de los poderes políticos donde pueden y a veces deben establecerse lineamientos generales

de actuación que le brinden unidad de criterio, seguridad y certeza en las decisiones —discrecionales— administrativas o sentido de cohesión partidista en los parlamentos, el Poder Judicial se monta en ese principio insoslayable de la autonomía de criterio orgánico, tan sólo combatible por los medios ordinarios o extraordinarios de impugnación judicial.

Todo esto nos lleva a considerar con altos grados de certidumbre que el acto jurisdiccional no es ajeno a su propia realidad circundante, y entonces no se ubica al juzgador en un nicho pétreo y ausente, como anacoreta o fariseo, pero divorciado del poder del que forma parte y de la sociedad a la que pertenece. El juez moderno es un juez de derecho, no un autómatas, pues pondera y valora. Construye sus procedimientos jurídico-formales pues su ciencia así se lo dicta, pero al hacerlo razona, argumenta, colma su acto de realismo y entonces resuelve, pero siempre en consideración con valores y legitimidad, que no es otra cosa que aceptación popular de sus actos.

Debemos insistir en esa ponderación y valoración autónoma en el fuero de cada órgano judicial cabalmente independiente, pues no hay, no puede haber en un régimen de derecho, instrucción o consigna o avasallamiento, lo que sí hay es procedimiento interpretativo para mediar inteligentemente entre abstracción normativa y concreción fenomenológica. El juez mira lo fáctico —el caso concreto a resolver— y selecciona lo contrafáctico aplicable —la norma jurídica— y ese esfuerzo mide consecuencias, alcances, productos de su fallo. En los escenarios que advierte previos a él, nunca deja de lado los factores constantes de orden jurídico vigente y válido, pero tampoco abandona los factores variables, mutables, del circunstante sociopolítico y cultural, pues de otra suerte lo meramente abstracto lo orillaría ante la realidad, a evitar tratamientos iguales y proporcionalidades.

Por ende, el juez sabe conjugar normativa con ideología, encerrando en ambas nociones ingredientes democráticos y sociales de buena raíz y de caracterización ineludible en el Estado moderno. La normativa, ya desde el constituyente, siendo el caso y durante el desarrollo legislativo, comprendiendo las legitimaciones para la iniciativa de ley y los pormenores de oportunidad política de aplicación administrativa de la misma, está congénitamente impregnada de preconstitucionalidad y de constitucionalidad positiva, y sus desarrolladores y aplicantes se hallan vinculadamente unidos a ello. La ideología, no se mal entienda, es la formación, no ya la información —abstracta y concreta—, que distingue

al funcionario en este caso judicial, pero evidentemente a todos los integrantes del poder público, pues en el evento de acceso al mismo hubo igualdad de oportunidades y el proceso electoral se definió —mediante el voto que no se pondera, tan sólo se cuenta— por un *algo* que se llama ideología y que es lo preferido o representativo de la mayoría.

Bajo ninguna circunstancia un juez es ajeno a ello y de ahí las variaciones notables de criterios judiciales ante una norma estable y hechos similares, si no es que iguales. Eso no nos debería causar escozor alguno, ni azoro, ni sorpresa; así ha sido siempre, a veces oculto ante férreas demandas dogmáticas, a veces por desmayos en la independencia judicial, a veces por mojigaterías de los fariseos, pero es indudable el maridaje sano y legitimador entre justicia e ideología desde ese punto de vista.

Prácticamente de manera universal, en términos legales un juzgador podría incurrir en actos de indisciplina, atendibles por los órganos creados convenientemente para conducir dichas desviaciones judiciales (Consejo de la Judicatura o equivalente), siempre que atente contra la independencia del Poder Judicial, que se inmiscuya indebidamente en cuestiones jurisdiccionales que no le competan, que manifieste una notoria ineptitud o descuido en el desempeño de sus actos, que impida la libre participación de los litigantes, que impedido conozca de una causa, y en general cuando no preserve la dignidad, imparcialidad y profesionalismo propios de la función judicial o contrarie en general el buen servicio. Todas estas causales de indisciplina judicial y daño a la función bajo las perspectivas de nuestro enfoque actual de orden doctrinario no pueden perderse de vista, pero no nos brindan elementos para llegar a esas circunstancias desde la posibilidad de la parcialidad subjetiva del juzgador.

Ya en la vida cotidiana de las naciones podemos observar tres clases de fenómenos diferentes en la desviación o no de la justicia: a) la *jurisdiccionalización de la política*, b) la *politización de la jurisdicción*, y c) la franca *justicia política*. La primera de ellas resulta muy común en estos tiempos cuando percibimos mutaciones de grado en la estructuración y fortalezas del Estado moderno. En efecto, la transición en este primer tramo del siglo XXI bajo un nuevo orden mundial donde destacan las decisiones *desde abajo*, desde lo social a través de individuos, grupos o redes activistas y globalizados, en demérito de las rancias decisiones *desde arriba*, desde lo institucional, esto es, desde un Estado autoritario que empieza a desvanecerse, nos encara a poderes políticos —Ejecutivo y

Legislativo— mermados en su capacidad real de negociación y consenso ante fracturas partidistas muy evidentes y atomizadas, lo que puede llegar a deslegitimar sus decisiones, ya en la aplicación de la norma, ya en su creación misma y de ahí que una sociedad más *litigiosa* quiera y pueda llevar prácticamente *todo* al conocimiento de la jurisdicción para su resolución final. Con esto la política, ante incapacidades reales de conducción gubernativa o ante imposibilidad de consensos gratos a todos y presencias de minorías muy activas, en verdad *jurisdiccionaliza* las decisiones de su carácter, y el Poder Judicial ya desde el control de la constitucionalidad más tradicional (juicio de amparo), hasta las competencias del Tribunal Constitucional que resuelve controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad que versan sobre protagonismos de los órganos de poder, asume una nueva y comprometida situación.

Esto no es malo en sí mismo ni menoscaba la dignidad judicial, ni perturba la división de poderes; eso sí, genera un par de circunstancias indeseadas si es mucho el abuso de esta vía: a) dilata los negocios del Estado y quita oportunidad a las decisiones políticas que en mucho hallan en esa circunstancia su eficacia gubernativa; y b) al llevar a la Corte decisiones políticas, necesariamente orilla a ésta a pronunciarse con una frecuencia que puede no ser sana sobre cuestiones plenas de intereses partidarios o simplemente puntos de vista encontrados que unen o dividen parcelas sociales, con ello logran ubicar a la jurisdicción en la palestra de la opinión pública en contraste a su prosapia de discreción y autoinhibición políticas. Entonces, el tribunal al estar conociendo de asuntos a partir de causa justiciable, pero entornado de confrontación política, asume la norma vigente y razona, argumenta y resuelve, pero con la condición de que al inclinar la balanza a un lado, el otro tendrá armas políticas de descalificación a las que la Corte no puede ni debe hacer frente, convirtiéndose en un poder muy vulnerable por las cuestiones mediáticas y de legitimación real.

Ya en esos terrenos, la ideología envuelve insoslayadamente al juzgador, unitario o colegiado, para alimentar su argumentación y razonamiento judicial, fundado no solamente en procedimientos lógico-formales, sino en axiología y sociología *vivas*, y puede llegar a pervertirse, y entonces orillar a las cortes a asumir partido, esto es, a *sobreideologizarse* desde un punto de vista inconveniente pues ya no estaríamos ante la ideología autónoma del juzgador, siempre sana, sino ante la ideología de grupo, mayoritario o minoritario, que absorbería la necesaria imparciali-

dad, equidad y sensatez que esperamos de la jurisdicción. Habrá que atemperar este primer fenómeno pues su exceso trastocaría el papel de la jurisdicción que si bien es integrante fundamental del poder político de dominio, no es ni debe ser poder político o politizado.

Esto nos lleva al segundo fenómeno, tal vez, bajo determinadas circunstancias históricas, hijo de aquel primero. La *politización de la jurisdicción* es efecto reprobable que no puede resultar admisible en ninguna civilización. Pongamos un caso ya advertido por los tratadistas españoles en cuanto a ese riesgo de *politización del Tribunal Constitucional* a la luz de la legitimación constitucional para la impugnación ante dicha instancia. El profesor granadino Montilla Martos<sup>125</sup> nos explica:

La decisión del constituyente<sup>126</sup> de legitimar a un número o porcentaje minoritario de parlamentarios para promover el control de constitucionalidad de la ley ha sido objeto permanente de crítica doctrinal. La ley es el resultado de una decisión política en sede parlamentaria, adoptada por los representantes políticos elegidos por sufragio universal. La posibilidad de que un número relativamente reducido de parlamentarios, en todo caso minoritario, pueda condicionar la actividad de la mayoría democráticamente elegida supone desviar el conflicto político a un ámbito ajeno a la representación popular.

Ante esa situación constitucional y la presencia irrenunciable, en su caso, del poder de la jurisdicción, reflexiona preocupado:

Se ha dicho, por ello, que conlleva la prolongación judicial de la contienda política y provoca la confusión de derecho y política, amenaza permanentemente para la justicia constitucional, especialmente activa en este caso por la naturaleza de los órganos legitimados y los efectos de la sentencia.

Eso no es cosa menor y mucho tendrá que avanzar el equilibrio entre desarrollo democrático y seguridad jurisdiccional sobre todo ante los efectos *erga omnes* de esa sentencia. En torno al posible disfraz de la *litis* argumenta:

<sup>125</sup> Montilla Martos, José A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Madrid, Trotta, 2002.

<sup>126</sup> Véase al respecto la fracción II del artículo 105 constitucional mexicano.

Aunque las alegaciones se presentan como argumentos jurídicos, traslucen un desacuerdo político entre la mayoría parlamentaria y la minoría que acude al Tribunal Constitucional. Asuntos políticos conflictivos durante el debate parlamentario devienen objeto de control y, con ello, una parte importante del proceso político-constitucional es determinado por este órgano constitucional. Resulta evidente que, por los sujetos legitimados, el objeto y los efectos de la sentencia, el control de constitucionalidad promovido por la minoría política es el proceso constitucional en el que el Tribunal actúa en una posición más distanciada de la jurisdicción y más cercana a la política.

Estos riesgos están presentes y no son poca cosa según ya se advirtió, por lo que los ciudadanos comunes ajenos a esa legitimación constitucional a filias o fobias partidistas, a membresías a poderes de jurisdicción, empiezan a ocuparse y preocuparse, pues parece que las aperturas democráticas le están ganando el paso a la independencia judicial y su aislamiento necesario de todo conflicto político. La *politización de la jurisdicción* es un monstruo creado por la modernidad que debemos someter y controlar a satisfacción, pues no está en la mera personalidad y formación de los jueces, sino en esa forzada intromisión en las discordias políticas del órgano integral. Han sido variados los conflictos que se han presentado en torno a temas tan debatidos como el aborto, la libertad de expresión o simples posiciones de coaliciones partidistas en torno a tópicos que a ellos interesan. Los autores españoles mantienen su posición y no son pocos los que reclaman la abolición de este sistema impugnatorio de minorías políticas. Así Rubio Llorente, citado por Montilla quien lo califica como *el más conspicuo sostenedor de la supresión de esta vía procesal*, dice:

La naturaleza política de los órganos legitimados para el recurso y su abstracción, desligada de todo supuesto real de aplicación de la norma, dotan de una fuerte carga política a esta vía procesal, mediante la que frecuentemente se prolonga en sede jurisdiccional una polémica ya abierta, y a veces enconada, en las cámaras parlamentarias entre mayoría y minoría. De este modo se arroja sobre los tribunales constitucionales una carga que difícilmente pueden asumir sin grave quebranto de un órgano constitucional.

El reiterado abuso de las fracciones parlamentarias para dirimir sus conflictos de estricta raigambre política ante la jurisdicción, ha generado

consecuencias indeseables en todo tribunal constitucional. Ese exceso, ante una medida que parecía bondadosa en un régimen democrático de derecho, ha traído, desde la perspectiva de expertos que han vivido la circunstancia por tiempos más prolongados que en los países latinoamericanos, perturbaciones en el funcionamiento debido en la justicia constitucional, y se ha estimado que un recurso de esta índole dado a minorías políticas *excede con mucho los beneficios que de él cabe esperar y se aconseja su supresión*.

Y aunque en realidad tal vez no tendríamos que llegar a esos extremos de la supresión, es evidente el riesgo de politización de la jurisdicción. Ante ello cabría llamar a una autocontención de las minorías en la promoción de recursos de acción de inconstitucionalidad, al incremento por parte del Tribunal Constitucional de los requisitos procesales mínimos a exigir y, por supuesto, enterar a la opinión pública de comportamientos poco razonables de quienes estando legitimados abusan innecesariamente de su prerrogativa.

Y es que no estamos ante la alternativa —poco deseable y eficaz— de cancelarle al Estado democrático sus amplias posibilidades, y una de ellas es el cuidado y atención de las minorías a partir de los equilibrios necesarios. Paloma Requejo,<sup>127</sup> prestigiada profesora en Oviedo, nos invita a reflexionar en los siguientes términos:

Si se quiere preservar el Estado democrático, no se puede ofrecer una visión reduccionista del mismo que convierta a la regla de mayoría en su único rasgo distintivo, prescindiendo de otro de sus elementos definitivos: la protección de las minorías. Por ello, junto al imprescindible principio de mayoría en la adopción de decisiones, se debe tener en cuenta un principio de minoría que ha de encontrar plasmación, tanto en la esfera parlamentaria como en la jurisdiccional.

Con el afán saludable de resultar propositiva, la misma autora, en torno a la esfera jurisdiccional, nos recomienda a fin de evitar las perturbaciones mencionadas líneas antes, que:

En el ámbito jurisdiccional... en primer lugar, si consideramos al Tribunal Constitucional como un órgano que puede adoptar decisiones contramayo-

<sup>127</sup> Requejo, Paloma, *Democracia parlamentaria y principio minoritario*, Barcelona, Ariel, 2000.

ritarias se impone acrecentar su carácter democrático mediante la elección de sus miembros por consenso parlamentario y la configuración de su funcionamiento en torno a un procedimiento deliberativo, donde prevalezca la voluntad mayoritaria, pero también los magistrados disidentes puedan dejar constancia de su posición contraria.

Veamos ahora algunos rasgos de la peor de las patologías judiciales, encriptada en el término *justicia política*. El famoso caso *Dreyfus* nos dramatiza casi a la perfección lo que queremos abordar. Desde Princeton, Kirchheimer<sup>128</sup> nos obsequia con algunos párrafos introductorios de su *Justicia política*:

El término “justicia política” generalmente se toma para reflejar la búsqueda de un régimen ideal, en el que todos los miembros se comunicarán e interactuarán con el organismo político, para alcanzar su máxima perfección. ¿Constituye, por tanto, un burdo abuso lingüístico y manifiesto cinismo el aplicar este término, como lo han venido haciendo tradicionalmente los escritores europeos, a aquel dudosísimo sector de la administración de justicia, que emplea los instrumentos encargados de impartirla, para reforzar o crear nuevos baluartes de poder? Quizá lo contrario se acerque más a la verdad. El perfil ideal griego se torna más exacto precisamente porque en asuntos políticos la justicia es más tenue que en cualquier otra rama de la jurisprudencia, ya que fácilmente puede trocarse en una mera farsa. Utilizando los recursos normales de la justicia, los políticos contraen ciertas obligaciones espurias y mal definidas; y por ser de tipo circunstancial y contradictorio, el eslabón entre la política y la justicia se caracteriza clásicamente tanto por la promesa como por la blasfemia.

En estos terrenos hallamos los riesgos más graves para la sustentabilidad de una teoría que amalgame intelectual y doctrinariamente la justicia con ideología, aunque hemos tratado de ser cuidadosos y precisos al abordar la temática, pues en nuestros propósitos nunca ha estado imaginar esos estadios a que se refiere el autor transcrito. La frontera entrambas visiones: una justicia material que no reniega de ideología y una corrompida *justicia política* al servicio del poderoso, resulta una cuestión francamente diferenciada. Tan es así que ahora intentaremos el perfil de esta última en el contraste evidente, para tratar de reforzar nuestra óptica.

<sup>128</sup> Kirchheimer, Otto, *Justicia política, empleo del procedimiento legal para fines políticos*, México, UTEHA, 1968.



Una cuestión fundamental es esa diferencia, nunca sutil, entre el juez sabio y enterado de su entorno socioaxiológico, el juez letrístico que actúa desde su gélida normativa vigente y el juez tentado a actuar conforme a puras sensibilidades conveniencias:

Para cerrar con broche de oro, tenemos a los eruditos comentaristas y al respetado gremio de escritores sobre opinión pública. Los primeros han cedido un tanto en cuanto a su anterior desconfianza en la exégesis legal y, abandonando la pretensión de ser absolutamente capaces de deducir reglas exactas de un análisis racional de los textos, ahora simplemente preparan interpretaciones útiles, más o menos coherentes. El juez, principal oráculo de la ley, puede a veces dar la impresión de hallarse al borde de abandonar totalmente su función de armonizar las varias interpretaciones; y en el mutante ministerio de la protección estatal se ve por lo menos tentado a desempeñarlo de oídas y ajustarse a las necesidades del momento. Finalmente, tenemos a los teorizantes legales, cuyos esfuerzos intelectuales se hallan en proporción inversa a su influencia en la práctica real.

Estas tendencias, lamentablemente reminiscencias perdurables en las ideas y edificaciones teóricas de algunos, no son gratuitas, tienen su origen en el discurso histórico que desde diversas atalayas hemos visto y recorrido a lo largo de líneas previas en torno a la justicia y el papel del Estado en su consecución y perfeccionamiento. Recordemos el auge de la *raison d'état* prevaleciente en el XVIII e instrumentada inicialmente por el eficaz primer ministro de Luis XIII, Richelieu, quien perfilaba toda la acción política. A través de ella se veían a las poblaciones de los estados individuales aisladas, debiendo permanecer así, de tal manera que los gobiernos aristocráticos se entendían —seguros de sí mismos, en cuanto a su pueblo— con otros Estados calculando a perfección sus movimientos. Nadie pensaba en la sublevación de los pueblos y en la invasión de los recintos gubernamentales. Tras la Revolución Francesa nada fue igual, y para el XIX la expansión de las comunicaciones a través de las fronteras políticas y la Revolución Industrial permitieron la emergencia de los Estados-nacionales y su consolidación. El profesor de Princeton reflexiona al respecto: “Sin embargo, esto no afectaba en forma inmediata la lealtad de la ciudadanía a las estructuras nacionales, producto de los afanes de la burocracia, las necesidades ideológicas y materiales de la comunidad y las no completamente integradas aspiraciones de las masas”.

Ya sabemos que la primera posguerra del XX trajo cambios sustantivos en las miras del Estado democrático y el constitucionalismo social —México, Rusia, Weimar—. El avance aún más acusado de las tecnologías modernas generó una presencia más relevante de *grupos de interés mundial* y así los movimientos políticos fueron escapando a los efectos y alcances de las respectivas leyes nacionales. Surgen los fascismos y la pretensión universalista del comunismo que abatió las jurisdicciones soberanas de cada Estado nacional. Kirchheimer dice:

La estructura del Estado, como tal, es la entidad nacional a la que el individuo debe devoción patriótica; y esto abarca al imperio totalitario en el que un país amo se enseño de otras naciones, así como a la federación multinacional o a los especímenes supervivientes del tipo del antiguo Estado-nación.

El periodo de transición entre guerras desemboca finalmente en la segunda posguerra con sus consecuencias ideológicas de reacción. Sabemos que resurgen nuevos orgullos y aspiraciones nacionales que actúan como motor poderoso para imponer influencias entre los individuos y en torno a los crecientes servicios nacionales suministrados por el gobierno correspondiente. Los efectos de la transnacionalización económica, en el centro de movimientos de universalización derivados de la *Guerra Fría*, afectan sentimientos nacionalistas, pero aún así, los Parlamentos de cada nación son capaces de establecer medios de protección a su propio Estado. Esto invita, ya avanzada la segunda mitad del siglo XX, a endurecimientos y fortalecimientos del Estado que deviene, por autoseguridad, en autoritario. Al combinar libertades individuales con esa sensación estatal surge una pregunta clave del autor preinvocado:

¿Debe concederse la máxima emancipación a la libertad individual y restringirse las prohibiciones y castigos a actos claramente definibles que caracterizan una etapa avanzada en el esfuerzo —que generalmente se cataloga como *intento* o *atentado*— para derrocar el orden político por la fuerza? ¿O deben cortarse de cuajo las primerísimas manifestaciones de las actitudes hostiles, posiblemente sin consecuencias de por sí?

En su momento histórico, ese razonamiento fue generador de la llamada *justicia política* moderna, que hoy combatimos con ferocidad y entusiasmo desde diversas trincheras. En épocas recientes todavía se entroni-

zaron criterios perturbadores ante activismos aterradoros derivados de la llamada *Guerra Fría*, que vieron a la sustancia de la autoridad enfrentada constantemente a ataques sistemáticos, por lo que se erigió en un *bien*, doctrinariamente sustentado, vigilar cuidadosamente la protección de instituciones públicas.

Este entramado deforme de la auténtica justicia puede servir bajo determinadas circunstancias, durante un tiempo y a algunos segmentos del andamiaje político, pero no es durable porque es deforme, porque no está respondiendo a su sustancia y naturaleza. Todo lo que se desea bajo esa exigencia perversa es servirse del poder jurisdiccional para emprender supuestas protecciones al poder político o ejemplarizaciones fútiles a enemigos ocasionales. Cerremos el dicho del profesor Kirchheimer:

Los instigadores de un juicio político se verán frente a multitud de incertidumbres, si es que desean emplear la forma legal para otros fines más allá de hostigar o eliminar a un enemigo político y quieren penetrar en el territorio de creación o destrucción de imágenes. Los caprichos que ofrece el medio del que pretenden valerse, es decir, el procedimiento legal, se deben a la necesidad de tener que depender de testigos que acaso vivan en un mundo político de su propia creación, para no hablar de los adversarios que pueden tener éxito para imponer y hacer prevalecer su propia interpretación en el juez o en el jurado. Cuanto más exiguo sea el alcance del tema seleccionado como prueba, mayor será la probabilidad de éxito de la operación, pero menor la posibilidad de que el resultado haga más que servir momentáneamente para los fines políticos. De tal modo, los resultados duraderos del juicio de propaganda suelen ser paradójicos. El despliegue de moralidad, una vez servidas las necesidades políticas del momento, perdurará principalmente como testimonio de la propia mentalidad de los iniciadores, que bien puede resultar más distorsionada que la de su víctima.

Son muchos los ejemplos que vendrán a la mente del lector y bastará revisar la historia reciente de los más diversos países e ideologías para corroborarlo y para contrastar lo que sostenemos, con dichas proclividades ya rebasadas. Dejada atrás la pugna este/oeste con todas sus manifestaciones de confrontación ideológica en cuanto a modelos socioeconómicos, es innegable que en el inicio del siglo XXI las cuestiones sobre la noción de Estado, orden jurídico y justicia deben ser revisadas y actualizadas a partir de conceptualizaciones actuales y de gran agudeza en las sensaciones y percepciones internacionales bajo el rubro de un *nuevo or-*

*den mundial* que campea en los terrenos de un neoliberalismo feroz, y busca salidas o respuestas eficaces montadas en el interés fundamental de *todos*. Elías Díaz<sup>129</sup> nos brinda una óptica que observamos no sólo con simpatía intelectual, sino con plena adhesión ideológica:

Frente a la imposibilidad de compatibilizar coherentemente democracia y neocapitalismo, la correspondencia entre los términos democracia y socialismo puede hoy estimarse, creo, como algo mucho más concorde con la realidad. El encuentro entre problemas de la democracia y los problemas del socialismo constituye de este modo la base para el entendimiento y la transformación real e ideológica de la sociedad actual.

El profesor de la Universidad Autónoma de Madrid embala su aserto en los terrenos del *ius suum cuique tribuere* que ahora nos es tan caro:

Como ha escrito entre nosotros el profesor Aranguren, “la tendencia actual al *socialismo en el plano económico*, cualquiera que sea el grado cuantitativo y el carácter estatificado o no de este socialismo, parece estar inscrita en la realidad misma. En cualquier caso, el motor no puede ser —no debe ser— el interés capitalista determinado a dar la primacía a los bienes suntuarios de consumo para conseguir así, como un subproducto ético, el bienestar material de todos, sino la organización, inspirada en una auténtica voluntad de justicia, de dar a cada uno lo suyo, de la *democratización económico-social*”.

Como vemos, es imposible desatar la cuestión de la justicia en su expresión normativa y formal más evidente de las nociones y edificaciones ideológicas del conglomerado social en cada época y lugar determinados. Sí podemos lograr que el encauzamiento de la potestad jurisdiccional no caiga en las posiciones tentadoras de trastocarse en servil instrumento del políticamente poderoso, que sepa guardar su papel de espléndido conmutador de intereses en conflicto, a partir de lo que se juzga y estima socialmente como equitativo, proporcional e igualitario. Una justicia apegada a la norma suprema, finalmente retrato fiel de las cuestiones axiológicas y sociológicas de un pueblo y pacto político de consenso y asentada en ese *algo* que impulsa a la democracia reflejada en la ideolo-

<sup>129</sup> Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus Humanidades, 1992.

gía mayoritaria prevalente, no es otra cosa que la democratización del *acto de dar a cada cual su derecho*.

El propio Aranguren en su *Ética y política* reflexiona válidamente y nos trae el recuerdo de las normas definitorias del nuevo Estado venezolano: “Esto significa (el socialismo es la superación del neocapitalismo en un Estado social de derecho) que el viejo *Estado de derecho*, sin dejar de seguir siéndolo, tendrá que constituirse en *Estado de justicia*”.

Y en ello Díaz abunda con agudeza:

Evidentemente, la fórmula Estado de justicia, en la explicación que, como hemos visto, el profesor Aranguren realiza, alude a contenidos cercanos a los enunciados en la expresión Estado democrático de derecho. Sin embargo, consideramos totalmente preferible esta segunda expresión: “Estado de justicia” tiene, sin duda, un sentido mucho más abstracto. Ambos términos sólo pueden considerarse intercambiables si los entendemos en el sentido de que el Estado democrático de derecho es hoy el Estado de justicia, es decir, el Estado que aparece actualmente como legítimo, como justo, en función precisamente de unos determinados valores históricos que son la democracia, el socialismo, la libertad y la paz.

Despejados estos conceptos con el auxilio fundamental de los profesores españoles citados, estamos en la vía correcta de contrastar una malhadada *justicia política* de los años autoritarios y un tanto paranoicos de la *Guerra Fría*, con un concepto democrático y social de la justicia, circunstancia que es, hoy por hoy, el enorme y consensuado *quid* en la comprensión de estos temas. Una justicia así ideologizada que es renuente a ese *subproducto ético* que propone el neocapitalismo tan ajeno a razones justicieras auténticas.

Y no soslayamos el retrotraer hasta estas reflexiones las cuestiones fundamentales ya revisadas *supra*, fundamentalmente con Raz y Atienza, en torno a los principios y reglas y alrededor de lo axiológico, pues una justicia que se precie de sus propios atributos que perennemente han de adornarla, nunca puede hacerlos de lado con todo y las ideologías concurrentes y su cabal independencia colmada, pues en su argumentación y resolución cualquiera que sea su orientación social habrá de integrarlos irrenunciablemente a su estimativa jurídica. Una justicia sobria y bien calibrada ignorará esas pretensiones de *politización* tan criticadas y

aquéllas que atormentan a algunos en torno a la *jurisdiccionalización de la política*.

Ya no se trata hoy día, dejado atrás el Estado de derecho autoritario, de asumir la función jurisdiccional bajo aquella perspectiva —politizada— de proteger a la entidad pública ante añejas y nuevas amenazas. Ahora el intérprete de la norma jurídica cuenta con principios y reglas definidos para su encomienda y es obligado por valores imperantes. Entre estos últimos los hay positivados y así mismo no debemos distinguir entre eficacia interpretativa y proyección normativa.

La actual *jurisprudencia de valores*, como la llama Aragón,<sup>130</sup> importa riesgos y por ello es de exigente utilización, pero no por ello impone la proscripción de lo axiológico, *por la sencilla razón* —nos indica el autor cordobés— *de que la interpretación valorativa se impone como algo, por evidente, también inexorable*.

Los valores sólo tienen eficacia interpretativa y el juez los ata a una norma jurídica predeterminada para argumentar y resolver en consecuencia. Por su parte los principios sirven para interpretar, pero también para llegar a la llamada *proyección normativa* en la labor jurisdiccional. Actúan subsidiariamente a la norma misma aplicable al caso. Así distinguimos entre valores que sólo son fines y los principios que consisten en prescripciones jurídicas muy generales y a través de ellos se proyecta la norma desde los valores. Los principios a su vez dejan ver gérmenes de reglas precisas para el juzgador y éste con toda naturalidad puede desprenderlas, sin por ello creerse que suplanta al legislador.

La justicia es una actividad técnica plena de valores que se impregna de actualidad sociopolítica pero que no se politiza o deja avasallar por el príncipe. En su devenir hay un impredecible que observamos en la libre opción jurídica y un indeterminado que consiste en la llamada discrecionalidad jurídica. En el primer campo situamos a los valores pues su proyección responderá a criterios subjetivos fundados muchas veces en la oportunidad política. Los principios están en lo indeterminado, dentro de la discrecionalidad judicial, y es que la proyección normativa a la que se destinan responde a criterios objetivos que proporciona el orden jurídico plenario.

Lo impredecible y lo indeterminado se cierran en este ejercicio a la generación de reglas jurídicas y tal se enfila a la tarea del legislador, no

<sup>130</sup> Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1990.

del juzgador, pues éste no crea reglas de derecho. La proyección normativa de los principios que implica la discrecionalidad jurídica es facultada a los jueces, quienes determinan desde lo indeterminado, pero a ellos no les está autorizado caminar por el sendero de lo impredecible que importa opciones jurídicas y se monta en oportunidades políticas.

No se trata de confundir la discrecionalidad jurídica con la discrecionalidad política en los jueces. Asumir valores y razonamientos durante la argumentación y llevarlos con toda su carga ideológica a la resolución, no implica esa discrecionalidad política y no debemos confundir los términos y los procesos, pues lo último pervierte al poder de la jurisdicción por inclinarse ante la mera oportunidad política, en tanto que lo primero enriquece el procedimiento interpretativo y le da en el caso concreto contenido actual y justo. Dentro del Estado social y democrático de derecho son valores la libertad y la igualdad, y la justicia es, más que un valor, una condición de ese Estado; todos juntos logran el pluralismo en su plenitud. La justicia es en rigor un principio, y siendo así, se comporta como hemos explicado.

Lleguemos al final de este apartado con una reflexión muy ilustrativa de Passerin<sup>131</sup> cuando aborda el complejo problema de confrontar *legalidad* y *legitimidad*, y cuando debemos distinguir entre Estado-fuerza y Estado-poder. Nos dice:

Convengamos en que, ya se trate del estudio del Estado como fuerza, ya del análisis del Estado como poder, no pueden hoy plantearse uno y otro sino como investigaciones basadas en el presupuesto de la eliminación —o mejor sería decir la suspensión— de los juicios de valor, en nombre de la “no valorabilidad” que actualmente suele reconocerse como posible, y hasta necesaria, en el estudio de los comportamientos humanos. Creemos que los resultados que pueden alcanzarse por este camino no son pocos ni de escasa importancia. Entender el Estado como fuerza significa entender la “verdad” del realismo político; entender el Estado como poder significa darse cuenta del nexo indisoluble que existe entre el derecho y el Estado.

Ya con ese bagaje argumentativo que adivinamos un tanto sarcástico, nos vuelve al concepto imprescindible de la legitimidad cohabitando con la escueta legalidad:

<sup>131</sup> Passerin D'Entrevés, Alessandro, *La noción de Estado*, Barcelona, Ariel, 2001.

Pero la determinación del Estado como poder, si puede valer para aclarar la importancia del derecho y la función de la legalidad en la fenomenología política, no nos dice ni nos puede decir si hay y cuál es un derecho “justo” (salvo que se quiera decir, con Hobbes, que “justo” es todo lo que manda el Estado), ni por qué la legalidad —esto es, la seguridad y la paz— es un “bien” (porque, como observaba Kant, la “paz perpetua” es un lema que podría muy bien servir también para un cementerio). Creemos que la vieja noción de legitimidad puede ser todavía útil precisamente para formular ese juicio de valor acerca del poder “justo o injusto”, acerca del “bien” de la legalidad y de los “bienes” que la misma asegura: sólo aquella noción, en efecto, puede dar cuenta no solamente de la validez de las leyes, sino también de su obligatoriedad, la cual, en cuanto se traduce en una determinada conducta de los ciudadanos, viene a ser la condición y garantía de la eficacia de aquellas y, por tanto, de la existencia misma del derecho y del Estado.

En ello va inscrita toda nuestra argumentación en torno a la justicia material y legítima, y no atendida al mero principio de legalidad.

#### XIV. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

Este es un tema sobresaliente en el abordaje de la noción de justicia, pues literalmente el tercer milenio nos sorprende no sólo con un *nuevo orden mundial*, también con las novedosas proporciones planetarias tan reducidas gracias a la tecnología y el flujo de información, formas antes impensables de reorganización internacional que suponen convivencia de soberanías de nuevo cuño, aunque desde el más clásico concepto nacional y regímenes supranacionales no sólo necesarios, sino realmente imprescindibles en esta era a pesar de los temores, fundados o no, de los más conservadores.

Cuando menos hay dos razones para propugnar por esta clase de sistemas internacionales —supranacionales— en materia de justicia: por un extremo la decisión de los añejos Estados-nación por agruparse regionalmente en razones de defensa y compartición de desarrollos, atendiendo primero a culturas aledañas que coinciden y a evidentes circunstancias geopolíticas; y por el otro extremo, esta regionalización que supone unidades políticas, económicas, culturales y sociales todas desde su más amplia expresión, no dejan de lado lo jurídico, los sistemas de derecho que tienden a la homologación y conjunción de esfuerzos, Europa es ya



un ejemplo clásico de esto. Por otro lado se reconocen tráficos internacionales incesantes, crecientes y de múltiple naturaleza y contenidos en donde aparecen casos concretos que generan controversia y que deben atenderse bajo parámetros más extendidos que los que suponen las viejas reglas sobre ámbitos de validez legal.

En el primer supuesto —la reorganización regional— se dio un ejemplo a seguir por sus bondades y prosperidad a la vista, y trascendió a esfuerzos planetarios. En el segundo han surgido, gracias a esos fortalecimientos de los flujos internacionales a través de porosas fronteras y una inevitable decadencia del viejo cuño con que se comprendió la soberanía del Estado-Nación, grupos humanos que más bien responden a estudios de la sociología moderna que ya no atienden, por buenas o malas razones, a las demarcaciones o mojoneras políticas que nos dieron un mapa-mundi bien diferenciado, coloreado para distinguir nacionalidades pero ya abatido y rebasado. Hoy las decisiones internas del poder político de cada nación, si las vemos como el ingrediente *institucional* que reconoció en sus entendimientos internacionales diplomacia y organización multilateral, se ven desplazadas por decisiones *desde abajo*, desde la espontaneidad social y conducidas por individuos, grupos o redes que no reparan en esas fronteras tan lábiles hoy día.

Desde luego que la internacionalidad o la supranacionalidad, en este caso vistas desde el ángulo de la justicia, no desplazan a las cuestiones internas de cada Estado según cimentamos y dejamos firme en los apartados previos, pues se trata de una convivencia que para juristas puede resultar perturbadora pero que es necesario asumir y trabajar con ella. En el centro de todo este movimiento que distinguirá al tercer milenio, nos hallamos desde el enfoque jurídico con el sempiterno tema de los derechos que invisten a individuos, clases sociales o a la colectividad mundial o nacional. Hoy en día existen algunos de esos derechos que en su vulneración exigen un interés mundial no sesgado a las capacidades o voluntades, incluso políticas, del territorio político a que pertenezca su lugar y momento de realización, sino que demandan una incursión planetaria por interés de todos, en tanto humanidad.

En esta cuestión de los derechos entendidos ya no desde su concepción objetivizada, sino como *potestas* o facultades de sus titulares frente a otro, debemos recordar la conocida clasificación de Ferrajoli. Este autor italiano observa dos primeros ámbitos en los derechos: por un lado,

los derechos de la personalidad y los derechos de la ciudadanía; por otro extremo los derechos primarios o sustanciales y los derechos secundarios o instrumentales. Nos invita a conjugar esa doble perspectiva para obtener cuatro categorías básicas de derechos:

1. Derechos de las personas (personalidad) y derechos primarios o sustanciales, que por ende corresponden a *todos* sin distinción alguna.
2. Derechos de los ciudadanos (ciudadanía) y derechos primarios o sustanciales que sólo se conceden y pueden ejercerlos los miembros de una comunidad en tanto ciudadanos de ésta.
3. Derechos de las personas (personalidad) y derechos secundarios o instrumentales que corresponden a todas las personas con capacidad de obrar.
4. Derechos de los ciudadanos (ciudadanía) y derechos secundarios o instrumentales que sólo pueden ser ejercidos por los miembros de la comunidad con capacidad de obrar.

De ahí asumimos la primera categoría como *derechos humanos* en su más cabal expresión, en la segunda hallamos los *derechos públicos* vedados o limitados normalmente a los extranjeros, en la tercera clase los *derechos civiles o negociales* y en la cuarta los *derechos políticos* reservados a los ciudadanos, miembros de una comunidad política con capacidad de obrar. La primera clase de derechos corresponde a toda persona y son de índole sustancial o primaria, la que interesa a la jurisdicción internacional, quedando todas las demás a las decisiones y conocimientos internos de cada nación.

Cuando colocamos esta noción tan clara y tan cara para la humanidad en estos primeros despliegues del siglo XXI en el interés central de todas las sociedades para buscar hacerla precisamente universal o internacional, debemos reflexionar con Rawls concibiendo su ya analizada *posición original* y pasándola por el tamiz interpretativo de Shute y Hurley:<sup>132</sup>

Rawls considera primero cómo, dentro de la teoría ideal, las ideas liberales de justicia pueden ser extendidas a una sociedad de sociedades liberales democráticas. Apela a la idea de una posición original concebida

<sup>132</sup> Shute, Stephen y Hurley, Susan (coords.), *Introducción a los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998.

como un instrumento que, primero, representa equitativamente a las partes; segundo, las representa como sujetos racionales; y tercero, las representa al decidir sobre los principios de un derecho de gentes por las razones apropiadas. Él cree que de tal instrumento de representación de las sociedades liberales se derivarán principios familiares y que la resultante sociedad de sociedades será estable con respecto a la justicia y su derecho de gentes será objeto de adhesión reflexiva.

La teoría de Rawls proclama que los derechos fundamentales no llegan a expresar ninguna doctrina fundacional pues son más bien criterios mínimos de las sociedades políticas modernas que están ordenadas y se guían por una *concepción de la justicia como bien común*. Como es natural, en esa *sociedad de sociedades* hace emerger un derecho de gente que no solamente impone limitaciones a las soberanías respecto, por ejemplo, de la guerra, sino que se injiere en ese entorno con relación al *trato de la población dentro del territorio del Estado*.

Al ser todo eso cierto en los terrenos de una justicia internacional, Rawls interviene para centrar ciertos principios de ésta como integrantes del derecho de gente y que por supuesto forman la materia prima para ese concierto universal:

- a) Los pueblos son libres e independientes y su libertad e independencia han de ser respetadas por los otros pueblos.
- b) Los pueblos son iguales en tanto partes de sus propios convenios.
- c) Los pueblos tienen el derecho a la legítima defensa pero no el derecho a la guerra.
- d) Los pueblos tienen un deber de no intervención.
- e) Los pueblos deben cumplir los tratados y acuerdos.
- f) Los pueblos deben respetar ciertas restricciones específicas en la conducción de la guerra (si es en legítima defensa).
- g) Los pueblos deben respetar los derechos humanos.

A pesar de algunas obviedades, desde luego ello supone centralmente que estamos ante una sociedad de sociedades democráticas y libres amén de independientes, y que están siempre dispuestas a reconocer ciertos principios de la justicia para encaminar su quehacer. Rawls, toda ingenuidad aparte, refiere el papel de las sociedades jerárquicas —como él las denomina— que contraponemos a la connotación de las sociedades democráticas o liberales y en donde hallamos un cierto autoritarismo. Rawls reflexiona:

La extensión de las ideas liberales de justicia al derecho de gentes procede en dos etapas, cada una con dos pasos. La primera etapa es la de la teoría ideal y acabamos de dar su primer paso: la extensión del derecho de gentes a las sociedades liberales bien ordenadas. El segundo paso de la teoría ideal es más difícil: requiere determinar un segundo tipo de sociedad, jerárquica como la hemos llamado, y luego declarar cuando dicha sociedad está bien ordenada. Nuestro propósito es extender el derecho de gentes a estas sociedades jerárquicas bien ordenadas y mostrar que ellas aceptan el mismo derecho de gentes que las sociedades liberales. Este derecho compartido de los pueblos bien ordenados, tanto liberales como jerárquicos, determina el contenido de la teoría ideal. Especifica la clase de sociedad de pueblos bien ordenados que todas las gentes querrían y fija la finalidad regulativa de su política exterior. Lo que es más importante para nosotros, entraña el obvio corolario de que las sociedades no liberales también respetan los derechos humanos.

Ahora bien, volviendo a la noción iniciada líneas antes en torno a los *derechos humanos* ya sentadas las bases primigenias de una sociedad internacional de justicia, podemos decir que ésta encuentra en aquéllos su contenido y ámbito material de validez. El mismo Rawls aventura su enfoque: “Los derechos humanos fundamentales expresan un patrón mínimo de instituciones políticas bien ordenadas para todos los pueblos que pertenecen, como miembros de buena fe, a una justa sociedad política de los pueblos”.

Digamos entonces que la soberanía de viejo cuño progresa a estadios novedosos, pues hoy día los *derechos humanos* juegan el papel de límites reconocidos en su ejercicio ya que a diferencia de las otras especies de derechos propuestas en la clasificación ferrajoliana, estos derechos de personalidad y de orden sustancial, que son de reconocimiento universal, resultan difícilmente controvertibles en su intención general. Rawls insiste en que son parte *de un razonable derecho de gente y fijan límites a las instituciones domésticas exigidas por ese derecho a todos los pueblos* y por ello: “Establecen la última frontera del derecho doméstico admisible en sociedades integrantes de buena fe de una justa sociedad de los pueblos”.

Recordemos al respecto todas las convenciones internacionales en la materia, fundamentalmente las derivadas de la segunda posguerra. Pero ¿cuáles serían los límites objetivamente infranqueables en esta búsqueda

actual? Rawls opina asertivamente, pues lo constatamos con lo que sabemos de la información mundial en esta hora:

Esto ilustra (al reflexionar sobre compatibilidades y tolerancias entre sociedades más o menos igualitarias), lo que ocurre siempre que el ámbito de tolerancia se extiende: los criterios de razonabilidad se relajan. En el caso en cuestión, nos proponemos incluir a distintas sociedades liberales como miembros de buena fe en una razonable sociedad de los pueblos. De ahí que cuando nos desplazamos hacia estas sociedades, sus regímenes domésticos son menos, con frecuencia mucho menos, compatibles con nosotros. Ello plantea el problema de los límites de la tolerancia.

Es muy claro al decir, y de ahí las actuales composiciones y adhesiones a los movimientos internacionales de justicia:

¿Dónde han de ser trazados esos límites? Resulta claro que los regímenes tiránicos y dictatoriales deben ser proscritos, al igual que Estados expansionistas como los de las guerras religiosas, por razones liberales básicas. Las tres condiciones necesarias de un régimen bien ordenado —que respete los principios de la paz y no sea expansionista, cuyo sistema jurídico sea legítimo a los ojos de su propio pueblo y que respete los derechos humanos fundamentales— constituyen una respuesta sobre donde se hallan estos límites. Estas condiciones nos indican el horizonte más allá del cual no podemos ir.

Esos movimientos internacionales de justicia en sus aspectos más notables y que ahora nos importan más allá de institucionalizaciones, como el Tribunal de La Haya surgido de la segunda posguerra como hijo directo de ella y sus consecuencias, de modelos internacionales de arbitraje comercial y versiones más o menos acabadas de fórmulas del derecho internacional privado, se nos revelan como respuestas modernas y de orden supranacional a la protección y preservación de los derechos humanos.

Esto no es casual pues los *diferendos* entre Estados por distintas circunstancias de intereses y entre particulares por razones centradas en aspectos del tráfico mercantil internacional, hallaron siempre un problema infranqueable, que fue el punto de crítica más sensible a las respuestas actuales del *ius gentium*: su falta de coercibilidad, lo que le amputaba una característica fundante del orden jurídico. Así en el punto de la juris-

dicción internacional, su vertiente penal es la más connotada porque recupera esa característica coercitiva amén de resultar de orden general y obligatoria para los países signatarios.

Observamos a los *derechos humanos* desde su perspectiva real de derechos fundamentales, como ya vimos con Ferrajoli, de orden personal —corresponden a todos y no sólo a los miembros de cierta comunidad nacional o política— y de carácter sustancial o primario —vida, libertad, dignidad, propiedad, igualdad— y en tanto tales son vulnerables por la autoridad del poder político de dominio o de sus agentes. Es cierto que desde la incorporación de la noción de *responsabilidad subjetiva* surgida del principio de personalidad de los individuos ante la ley en las postrimerías del XIX, es posible que las personas, en su intersubjetividad, se vean involucradas en daños o riesgos a derechos subjetivos de tanta valía producidos por otras personas particulares. Esos derechos subjetivos al objetivizarse en normas fundamentales y el orden jurídico plenario, al tenerse por ciertos y reconocidos irrenunciablemente por las naciones civilizadas, cobran ese carácter de derechos fundamentales y son garantizados por vías jurídicas, sociales o políticas o todas a la vez, y en ese tenor una de las garantías —que ya sabemos con Bobbio es lo fundamental de esos derechos positivados—, es la penal.

En efecto, el derecho penal moderno no se ve más como producto de una gélida dogmática jurídica en tanto ramal represivo del orden normativo, sino más bien como entidad o conjunto de reglas técnicas que tiene por vocación —más elevada— proteger o tutelar bienes jurídicos. Estos bienes jurídicos no son producto en su comprensión y definición de un legislador imaginativo que resuelve sus actos de creación legal por revelaciones inmanentes, sino que asumiendo los derechos fundamentales objetivizados como verdaderas *normas de cultura* cinceladas desde la axiología y la sociología por el constituyente, de entre ellos, otra vez cribando valores sociales por oportunidad, retoma algunos de ellos en su desarrollo por auténtica *necesidad legislativa* (*nulla lege poenalis sine necessitate*) y los torna en bienes, los más valiosos comunitariamente, para brindarles una protección desde la potencialidad jurídica más definitiva —la *garantía dura del derecho penal*— para definir conductas prohibidas o mandadas y conminarlas con pena.

Cuando los protagonistas del *drama penal* son particulares, el conflicto normativo con aquella *norma de cultura*, que ha perfeccionado una ley penal mediante vinculación conceptual entre lo fáctico y lo contra-

fáctico para presentar un *injusto punible*, presenta conforme a los conceptos jurídicos fundamentales, realizado un *supuesto jurídico* que conlleva su propia *consecuencia condicionada* —la pena— y al imputarse está encarnando en alguien esa *responsabilidad subjetiva* y surgen para él mismo y la víctima derechos subjetivos y deberes jurídicos, correlativos en este drama judicial. Para poder aplicar esa consecuencia jurídica de orden punitivo es menester salvar antes el procedimiento jurisdiccional conveniente que responde a su propia secuencia lógica: principio de lesividad, principio de exteriorización del acto, principio de culpabilidad, principio acusatorio, principio de jurisdiccionalidad, principio de verificación y principio del contradictorio judicial.

Este procedimiento garantista desde un derecho penal también garantista se resuelve por cada soberanía nacional conforme a sus propias instituciones y legislación. Lo mismo sucede cuando uno de esos *bienes jurídicos* protegidos por el orden jurídico penal emergidos de la nomenclatura constitucional es lesionado por la autoridad. Si ese bien jurídico dañado o puesto en riesgo por el poder político es de orden personal y sustancial, sólo entonces hablamos de una violación a los *derechos humanos* que ya en esta connotación —víctima: particular y victimario: poder público—<sup>133</sup> cobra interés universal. Esto porque lamentablemente a pesar de movimientos planetarios en el sentido de su ampliación, protección y preservación, quienes detentan ese poder de dominio político en sus respectivas áreas de competencia territorial al vulnerarlos frente a individuos o en relación con grupos humanos determinados, reaccionan simplemente ignorando el evento, soslayándolo, protegiéndolo o cínicamente simulando un procedimiento judicial por *politización de la jurisdicción*. Esa circunstancia nos lleva a una inadmisibles impunidad que el sistema internacional no está dispuesto a tolerar pues lesiona, precisamente, *bienes jurídicos* que pertenecen a un *orden valioso mundial* no apropiado por nadie. Como por algo se empieza en la edificación de las estructuras humanas de justicia, este siglo XXI inicia con impulsos muy significativos de protección internacional —mediante jurisdicción— de esos derechos humanos. El inicio se refiere a categorías muy graves y relevantes de orden plurisubjetivo, tales como los atentados contra grupos

<sup>133</sup> Conviene hacer mención que en esta connotación y por mera asimilación, dadas las condiciones emergentes de un *nuevo orden mundial*, se incluyen organizaciones no gubernamentales de orden criminal o simplemente fundamentalista o similar.

humanos en razón de su origen étnico o crímenes atroces contra comunidades sociales o vertientes de esa naturaleza plural de violación de esas protecciones elementales.

Vemos sus prolegómenos más distinguidos, aunque discutibles desde el rigor garantista de la jurisdicción, en los últimos despliegues del siglo XX con los tribunales *ad-hoc* de la Organización de las Naciones Unidas, para conocer de hechos atroces multitudinarios desde el poder público en Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994). Aunque la comunidad internacional desde su ángulo social pudo verse satisfecha con esta creación especial de jurisdicciones para conocer de hechos imperdonables en el centro de las convulsiones vividas en ambas naciones que no podían quedar por imposibilidad fáctica y técnica impunes, los más avezados, los juristas más puros, desde su punto de mira jurídico nunca vieron con buenos ojos esas respuestas de escaso rigor y de dudosa imparcialidad. No se desean visiones y por tanto *actos de justicia* de los vencedores por esa exclusiva razón, como fue el caso de Nüremberg, y por tanto, para casos futuros de esa dimensión atroz era preferible, para evitar por un extremo impunidad y por el otro carencia de rigor jurisdiccional, precrear tribunales sujetos a un orden jurídico supranacional que obligara a todos los signatarios liberales democráticos y jerarquizados, como lo mencionó Rawls, a esa jurisdicción internacional. Por supuesto que quedarían fuera del sistema por propia decisión los países cuyas características mencionó líneas atrás el profesor de Harvard.

A todo esto veamos el pensamiento de un especialista. Ambos<sup>134</sup> es el responsable actual de las áreas de derecho penal internacional e Hispanoamérica en el Instituto Max Planck y es profesor en Munich. Él nos alerta:

El concepto de derecho penal internacional se encuentra muy pocas veces en los manuales de derecho penal o derecho público internacional. Normalmente éstos se ocupan del derecho internacional tradicional, que, como se sabe, se aplica a las relaciones entre los Estados u otros sujetos del derecho público internacional.

Ante esta tradición jurídica que ya habíamos vislumbrado, el profesor alemán argumenta en torno al derecho penal internacional y lo que él llama la *macrocriminalidad*:

<sup>134</sup> Ambos, Kai, *Nuevo derecho penal internacional*, México, INACIPE, 2002.



Habitualmente no se considera que el individuo sea uno de esos sujetos, por tanto su conducta criminal no está sujeta al derecho internacional, sino únicamente al *derecho penal de cada Estado*. Este derecho penal fija las pautas y consecuencias de la responsabilidad del individuo por comportamientos codificados como punibles en la legislación penal respectiva. Desde ese punto de vista, el derecho internacional y el derecho penal nacional no tienen nada que ver el uno con el otro: se trata de ordenamientos jurídicos paralelos. Sin embargo, sin duda existen bienes jurídicos e intereses que trascienden los límites (penales) nacionales. Así, por ejemplo, es indiscutible que la comunidad internacional tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales y los derechos humanos reconocidos en el artículo 55 c) de la Carta de la ONU. La violación de cualquiera de esos derechos es un delito internacional.

Esta argumentación de Kai Ambos resulta crucial en las perspectivas del derecho penal moderno que hemos sostenido permanentemente,<sup>135</sup> pues rebasa la vieja escuela dogmática que quiso mirar un derecho penal exclusivamente represivo (conjunto de normas jurídicas que define delitos y conmina con pena su comisión) volcado simple y llanamente a convertirse en un instrumento de *control social* de un Estado de derecho autoritario, que contemplaba a un legislador omnímodo que creaba leyes penales a antojo o capricho de la seguridad institucional y que reconocía en esa norma penal tan libérrimamente emitida, sin descender de su *materia* constitucional, el afamado *dogma* que en tarea resignada *ex post* de jurisprudencia y doctrina se le tenía *a fortiori* y simultáneamente como vigente y válida, y por ende legítima. Hoy vemos un derecho penal garantista (conjunto de normas jurídicas que protege bienes jurídicos) emanado de la norma suprema (legitimidad) y no con carácter *constitutivo* y de creación soberana como algunos quisieron, desde las atalayas positivistas. Ese nuevo modelo al no tener por propósito enviar mensajes amenazantes al infractor o posible infractor dentro de las muy conservadoras tesis de la *ley y el orden*, sino de hacer saber a la comunidad de su ámbito de aplicación que el Estado, mediante dicha legislación lo que hace es garantizar derechos básicos de vulneraciones posibles, atiende la tutela de ese haz de valores nacionales o internacionales a partir de una *norma de cultura* comunitaria, o mundial y desde ahí que en el plano nacional lleguen al ordenamiento punitivo sólo y tan sólo protecciones no

<sup>135</sup> Véase González de la Vega, René, *Ciencia...*, cit., nota 6.

desbordadas de derechos fundamentales, y lo mismo en el plano internacional, desde los instrumentos jurídicos de esa naturaleza (ONU) que previenen esos derechos y los procuran garantizar no yendo en ello cuestiones de *control social* ni criterios represivos por más que el fin último sea la pena, pero vista como consecuencia condicionada a la realización de un supuesto de derecho y previa satisfacción de facultamientos y deberes jurídicos. El delito o injusto punible emerge por satisfacer a cabalidad (legalidad) una norma penal y vulnerar una norma superior de cultura lesionando un derecho fundamental, y si éste es estimado de orden universal y se contempla en el derecho de gente, asume ese carácter de delito internacional. Entonces el autor, recordando también Nuremberg, nos deja una conclusión válida:

Asimismo, los actos criminales clásicos de Nuremberg deben procesarse en el mundo entero como delitos internacionales, y por lo tanto, los autores de tales delitos deben tener una responsabilidad internacional especial. El derecho penal internacional (muchos hablan también de un derecho penal internacional material) busca establecer esa responsabilidad y especificar sus requisitos: por tal razón, en la literatura científica se entiende por *derecho penal internacional* la totalidad de las normas de derecho internacional público que regulan las consecuencias de carácter penal. A la vez, el derecho penal internacional vincula los conceptos de aplicabilidad *universal* de las normas (derecho internacional público), con los conceptos de responsabilidad *individual* (derecho penal), de manera que la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional autónoma (principio de responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional público). Por consiguiente, en ese sentido el derecho penal internacional es el sistema penal de la comunidad internacional.

Desde su nacimiento y concepción, ese derecho penal internacional busca truncamente, ingenuamente, *establecer* delitos y fijar penalidades con ese afán tan represivo de los dogmáticos, preservadores de la añeja idea del Estado de derecho autoritario, sino *preservar bienes jurídicos valiosos internacionalmente*. Jäger, citado por Ambos, nos brinda una connotación del sujeto activo de estos delitos universales a partir del concepto de *macrocriminalidad*:

El término comprende comportamientos conformes con el sistema y acordes con la situación, dentro de la estructura de una organización, aparato

de poder u otro contexto de acción colectivo, macroacontecimientos relevantes desde el punto de vista del derecho de guerra y del derecho internacional público.

Retornando a expresiones ya manifestadas en estas líneas, Ambos precisa:

Por consiguiente, la macrocriminalidad se diferencia cualitativamente de las formas conocidas y “normales” de criminalidad y de las formas especiales conocidas (terrorismo, narcotráfico, delitos económicos, etc.), y además se distingue por las condiciones políticas de excepción y el papel activo del Estado. La “macrocriminalidad” es más específica que la “criminalidad de los poderosos” (discutida con más frecuencia criminológicamente), pues esta última por lo general tiene que ver con los delitos cometidos por “los poderosos” para defender sus posiciones de poder, y esos “poderosos” o el “poder” (económico) que ellos defienden no necesariamente son lo mismo que el Estado o el poder del Estado. La participación del Estado o su tolerancia, inatención o incluso incentivación de comportamientos criminales, son determinantes y llevan además el adjetivo “político”. “Macrocriminalidad política” significa, por tanto, “criminalidad fortalecida por el Estado” o, con menor precisión, delitos de Estado, terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental. Además, se trata siempre de una criminalidad hacia dentro, contra los propios ciudadanos, “del seno del Estado”... El derecho penal internacional existente pone límites relativamente fijos a la impunidad de esos macrodelitos.

Con estas precisiones tan necesarias estamos en condiciones de proseguir en este análisis, a propósito del título de este libro. Por cierto, dichas precisiones se apartan por estricta definición de las tesis sobre coautoría y dominio del hecho, pues versan sobre las acciones infractoras de los protagonistas directos (agentes o no de la autoridad) en la vulneración de derechos humanos que advierten tal connotación, según ya vimos, por esa complacencia intolerable del poder público local, lo que necesariamente desplaza el muy pobre concepto de *imputabilidad objetiva* que nos retornaría sin remedio al derecho penal de autor y no de acto, y además nos haría profundamente ineficaces e ingenuos.

En 1980 en el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente celebrado en Caracas, se presentó un “Proyecto de Código Penal Internacional” bajo las ópticas de aquel

entonces, preparado por Bassiouni<sup>136</sup> de la Asociación Internacional de derecho Penal. En ese año se vislumbraba la posibilidad de un ordenamiento de esa naturaleza que implicaba reparar en una justicia penal internacional y aunque se alentaban buenos auspicios, se veía lejano el día de su concreción real. El profesor italiano nos decía esperanzado:

Hasta el momento presente, por tanto, el derecho penal internacional se ha desarrollado a través de tratados que meramente definían una serie de delitos y establecían el deber de los Estados (que pactaban su sometimiento a los mismos) de perseguirlos conforme a su legislación interna (exigiendo, en consecuencia, la incorporación de tales delitos al ordenamiento jurídico interno) o conceder la extradición de sus autores a los Estados dispuestos a hacerlo. Este sistema de control, que no reposa sobre una estructura de ejecución supranacional, puede calificarse como un “sistema de aplicación indirecta”.

Sin embargo, este sistema presentaba dificultades serias desde el ángulo de la eficacia jurídica y lo pudimos constatar en muchos países. El mismo autor se encargaba de descifrar algunas de ellas que nosotros colocamos esquemáticamente:

1. El Estado signatario sólo se obligaba a actuar de acuerdo con las obligaciones asumidas en el tratado, lo que implicaba una enorme diferencia de actitudes y laxitud en los cumplimientos.
2. No existía una autoridad supranacional que se asegurara del cumplimiento de las obligaciones contraídas.
3. No se contaba con mecanismos para la solución de conflictos posibles entre Estados.
4. No se preveían catálogos de garantías para los individuos sujetos a las relaciones de cooperación internacional.
5. Por supuesto, no había idea de *estructura global unitaria*.
6. No se contaba con reglas para la creación de las descripciones típicas correspondientes.
7. No cabían modelos de reacción homologados o uniformes a las diversas infracciones.
8. Se prescindía absolutamente de una *política criminológica mundial*.
9. Se carecía de instrumental eficaz para asegurar el cumplimiento de los tratados en su ejecución.

<sup>136</sup> Bassiouni, M. Cherif, *Derecho penal internacional*, Madrid, Tecnos, 1984.

10. Las sanciones resultaban incompletas a la luz de las políticas internas de cada país signatario.

Así el llamado *sistema indirecto* cumplió —y sigue cumpliendo en distintos aspectos y países— un papel esforzado pero ineficaz y deslucido. De ahí que hace más de una veintena de años, cuando Bassiouni analizaba las posibilidades de una auténtica justicia institucional de orden supranacional reflexionara: “La creación de un sistema internacional de justicia penal parece factible en un próximo futuro, pero su realidad dependerá de la disposición política de los Estados en orden a la creación de un sistema de este tipo”.

En el tiempo que corre entre la época del *sistema indirecto* y los vitoriosos impulsos actuales hacia una *justicia internacional de orden supranacional*, esto es, un sistema de aplicación directa, esa disposición política fue avanzando a partir de un motor poderoso: la *mundialización*, tras la Guerra Fría. Muchas fueron las cuestiones que se despejaron para llegar a un consenso, por supuesto a partir de un verdadero activismo internacional dentro de una diplomacia de nuevo cuño, lográndose consensos fundamentales en materias torales como la tortura, el genocidio, la llamada desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales, para invocar cuestiones significadas y extremas. Uno de los puntos a definir y establecer con toda precisión era el relativo al *ius cogens* relativizado a la práctica o costumbre internacional en la protección de derechos. ¿Puede el derecho internacional consuetudinario —que repudia prácticas como las mencionadas— por sí mismo ser suficiente para proteger los derechos más elementales? Las protecciones del derecho de gente montadas en la *opinio iuris vel necessitatis* resultaban de una precariedad no deseada y ese *ius cogens* debía ser explícito. Kai Ambos no es ajeno a estas preocupaciones y nos brinda el siguiente texto que nos lleva a la creación insoslayable de un tribunal supranacional:

Si desde el punto de vista tradicional se concluye que una práctica estatal firme y uniforme constituye el fundamento de la *opinio iuris*, corresponde a aquélla por consiguiente la primacía, se encontrarían dificultades para justificar deberes de castigo si se tiene en cuenta la “impunidad” generalizada en los casos de violación a derechos humanos. Esto sólo se puede evitar si se redefine el concepto mismo de práctica estatal y se sustituye su contenido original —regido por la realidad— por uno nuevo, aquel que originariamente se entendió por *opinio iuris*: la conducta de los órganos

representativos en los organismos internacionales así como las decisiones y opiniones de estos mismos organismos, la decisión de las cortes internacionales, o también una determinada práctica contractual; en otras palabras, la “práctica verbal”.

Era necesario proponer y consensar una fórmula de creación normativa internacional más efectiva. Valiéndose del concepto de *principios generales de derecho* se alcanzaron esas precisiones imprescindibles en un ámbito tan plagado de pliegues y puntas que debía resolverse. Sobre ello, Ambos nos dice:

Esa “internacionalización” de los principios generales del derecho se ha convertido, para hablar nuevamente en categorías de derecho internacional consuetudinario, en una “*opinio iuris* sin una práctica estatal concordante”. De ahí que sea posible desarrollar reglas de derecho internacional allí donde por cierto sólo existe una “poco o inconclusa práctica estatal, pero un divulgado sentimiento de que una regla legal es necesaria”. En este sentido, se puede pensar en una valoración gradual de la “práctica verbal” disponible: reacciones estatales concretas a la impunidad de violaciones de derechos humanos así como la aplicación de obligaciones internacionales de punición en el derecho internacional tienen más importancia que declaraciones abstractas de *soft law*. Esta valoración pone en evidencia que existe una relación tripartita y gradual entre las siguientes fuentes: comprensión tradicional de práctica estatal (punición fáctica), reacciones concretas a impunidad (crítica verbal hasta sanciones) y declaraciones abstractas de *soft law*. Solamente en el primer caso de la punición fáctica de violaciones de derechos humanos se puede hablar de práctica estatal en el sentido (estricto) del derecho internacional consuetudinario.

Y si bien todo eso es verdad y estimamos que con los argumentos vertidos de Ambos, aunados a nuestras consideraciones en torno a la categoría del derecho penal garantista de presentarse como *garantía dura* que ubicamos más en el llamado *hard law*, según expusimos ya en edición anterior denominada *Ciencia jurídico penal* y abundamos en esa especie todavía discutible de *jurisprudencia internacional*, con la todavía marginal doctrina en la materia y por supuesto con las más importantes e influyentes interpretaciones y aplicaciones normativas de los Estados, estos principios generales del derecho en su *internacionalización* cobran vigor y presencia suficientes para la edificación de esa justicia supranacional.

Como vimos, todo lo correspondiente al mundo del derecho y su determinante la justicia está cifrado en la actividad política más que diplomática y en las propias ideologías estatales según nos enseñó Rawls.

Aquí existe un punto nodal a despejar: el relativo a la *responsabilidad individual* tratándose de *justicia internacional* volcada en sus orígenes en cuestiones de derecho público a responsabilidades de los Estados. Quedamos ya con Ambos en que la nueva concepción de la justicia supranacional —permítasenos el término para lograr convenciones— de ninguna manera viene a sustituir a la herramienta local —de cada Estado signatario— y se comporta como mecanismo subsidiario ante omisiones o fallas del sistema original. Esos defectos de funcionamiento responden en la mayoría de los casos a influencias ajenas derivadas de una indeseada *politización de la jurisdicción*, lo que importa una ideología perversa en cuestiones donde no debiera presentarse. Asumimos que la idea es combatir la impunidad en violaciones a derechos humanos, que aunque esas violaciones son propias y exclusivas del poder político de dominio, se flexibilizan en su connotación hasta la participación directa de grupos de poder no gubernamentales pero siempre y cuando cuenten con la omisión, apoyo o incluso protección de las autoridades estatales. Esto significa que la responsabilidad penal de orden internacional por supuesto que se individualiza, esto es, encarna en personas determinadas como agentes de la autoridad, particulares no perseguidos, impunes o receptores de una *justicia venal*, pero ello no implica que la competencia originaria de la justicia supranacional esté montada en posibilidades abiertas de imputación a nacionales de un país a modo de pesquisa o persecución inopinada. Dicho de otra manera, la justicia supranacional podrá intervenir ante violaciones de derechos humanos en los ámbitos territoriales de los Estados signatarios subsidiariamente, por defecto o *default*, de las autoridades locales ya en un primer juicio, ya en un segundo —muy a pesar del *non bis in idem* o el *double jeopardy*— y en rigor lo que se reprocha es el aparato judicial local y se asumen sus funciones.

Por ende, no podemos coincidir con el dicho de Jescheck (invocado por Ambos) que nos dice:

En lo que en un principio concierne a las normas de derecho internacional, relacionadas con la protección de los derechos humanos, su inmediata fuerza obligatoria para los individuos no es difícil de fundar. Empero, se

puede decir que los individuos también se encuentran obligados a respetar los derechos de los otros no sólo con fundamento en el derecho estatal, sino también simultáneamente lo están con fundamento en el derecho internacional, como quiera que se trata aquí de una exigencia elemental de la conciencia jurídica moderna.

Me parece que algunos autores alemanes modernos del derecho penal, queriendo huir de los horrores del derecho nacionalsocialista, paradójicamente vienen con su *funcionalismo social* y fundamentalmente el individual a caer de bruces en el inaceptable *derecho penal de autor*. El derecho internacional sólo puede regular la vida de los Estados, pero jamás será instrumento de regulación de la vida de las personas así genere una *conciencia jurídica global*. Sus instrumentos y convenciones reflejadas en tratados y acuerdos de diversa naturaleza se asumen como derecho nacional una vez satisfechas las normas de legislación interna de cada país miembro y del principio de *jerarquía normativa*. Por tanto, la responsabilidad individual de orden subjetivo como lo exige el iuspenalismo, se finca con base en el orden jurídico correspondiente, esto es, cuyos ámbitos de validez material, temporal, espacial y personal rigen a la persona. El derecho penal internacional sustantivo, adjetivo o ejecutivo resulta aplicable por defecto del derecho local, pero no es posible que un instrumento signado por Estados involucre de manera directa a personas individuales. Ese tribunal supranacional en rigor está descalificando al régimen estatal correspondiente al intervenir, y sólo con base en las convenciones logradas cuenta con competencia y jurisdicción para conocer en actos de justicia hechos concretos individualizados, y por tanto la responsabilidad individual es materia que afecta al derecho que rige a la persona involucrada desde su punto concreto de vulneración, tan es así que lo supranacional nunca se adelanta a la reacción del Estado signatario. Sin embargo, todo ello no significa que en un futuro aún incierto y sin el protagonismo de la potencia imperial, de los fundamentalismos y de algunas tercas dictaduras de viejo cuño, no pueda erigirse un *constitucionalismo mundial* y de ahí un sistema de responsabilidades subjetivas directo ante la comunidad internacional.

Hoy por hoy, el mundo cuenta —parcialmente, descontados los Estados descritos ya por Rawls— con un sistema penal internacional jurídicamente capaz de investigar, perseguir, enjuiciar, sancionar penalmente y ejecutar sus resoluciones mediante los organismos convenientes entre



los que se halla la Corte Penal Internacional. El 17 de julio de 1998 se aprobó por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, reunida en Roma, el Estatuto de dicha Corte (CPI) brindándole así al mundo civilizado un tribunal permanente con jurisdicción en materia penal que tiene competencia para conocer de graves violaciones a los derechos humanos, reforzándose de esta manera desde la fórmula supranacional los ordenamientos y garantías de derechos fundamentales de índole nacional. Al establecerse esta respuesta rápidamente se logró el consenso, vía aceptación de los países signatarios y en poco tiempo se conjuntaron las adhesiones necesarias para su vida jurídica internacional. Al respecto y como fórmula novedosa que mejora las soluciones anteriormente conocidas de los tribunales especiales o los sistemas de aplicación indirecta, Cabezudo Rodríguez<sup>137</sup> reflexiona:

La Corte Penal Internacional permite salvar también las fundadas sospechas que planean sobre los Tribunales tutelados por el Consejo de Seguridad de la ONU, relativas a la motivación meramente política a que obedece su creación, lo que por fuerza contaminará su actuación. Incluso, desde un punto de vista práctico, la conveniencia de instituir Tribunales permanentes frente a otros ad hoc es incuestionable, por cuanto se evitan cuestiones de índole económico-organizativas, tales como el nombramiento de Jueces y personal o el diseño de específicas normas procedimentales, entre otras. En definitiva, razones jurídicas, pero también puramente utilitaristas, que no mero idealismo, subyacen en el proyecto.

El profesor español no deja de advertirnos en torno a la cláusula de aceptación sin reserva por parte de los Estados signatarios del Estatuto de Roma:

La entrada en vigor del Convenio exigirá la ratificación de un mínimo de 60 países. A partir de este momento la Corte Penal Internacional ejercerá una jurisdicción obligatoria. En otros términos, los Estados Partes no podrán condicionar la actuación de la Corte por haberse sometido de antemano a la potestad jurisdiccional de este órgano supranacional, siendo inadmisibles además que con ocasión y ratificación del Convenio se formule reserva alguna al articulado íntegro del Estatuto.

<sup>137</sup> Cabezudo Rodríguez, Nicolás, *La Corte Penal Internacional*, Madrid, CEP, Dykinson, 2002.

Y nos insiste en esa participación subsidiaria a la que ya hicimos mérito:

En todo caso, la CPI no pretende suplantar a las organizaciones jurisdiccionales nacionales, sino, antes al contrario, se presenta como una alternativa que actuará de modo subsidiario en la represión de cierta clase de delitos, conocidos en el ámbito anglosajón como los “*core offenses*”, cuando los Estados se vean impotentes, voluntaria o circunstancialmente, para llevarlo a cabo.

La ratificación (en México *aprobación* del Senado de la República, para integrar por proceso legislativo el instrumento internacional al orden jurídico patrio) del Estatuto sin reserva y el carácter subsidiario (con la excepción de dudosa validez de intervención directa o no en Estados parte a solicitud del Consejo de Seguridad de la ONU para volver a aquellos tribunales *ad-hoc*) de la Corte Penal Internacional en relación con el sistema local de justicia, no fue entendido a cabalidad en México, pues el Senado a fuerza de tradicionales desconfianzas y reyertas nacionalistas, aprobó el convenio con reservas (les llaman *candados* en México, que a fuer de luchas intestinas de orden político, han convertido al país en uno de los cerrajeros) para someter al propio Senado la aprobación casuística de intervención de la CPI. Esto desde luego se confronta con lo estipulado en el tratado y no resuelve el problema.

Anterior a esa malograda aprobación senatorial del convenio, García Ramírez<sup>138</sup> decía:

La Corte Penal Internacional, que hoy día es asunto debatido en México —donde se halla pendiente, al tiempo de redactar estas líneas, la reforma constitucional que permitiría la ratificación del Estatuto y la plena operación de otras jurisdicciones bajo el derecho nacional— tiene un triple cimiento. Sobre él se eleva la nueva jurisdicción. Esos sustentos de la Corte moderna son, a mi juicio, el nuevo derecho internacional sobre los seres humanos, la jurisdicción internacional y la realidad de nuestro tiempo.

Y traigo otro párrafo aleccionador del profesor de la UNAM en torno a esa falta de comprensión, entonces por él ignorada pues se mostró más tarde, del Senado y sus mojigatos temores:

<sup>138</sup> García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, México, INACIPE, 2002.

Todavía inquieta a algunos —de buena fe, en su mayoría— la existencia de jurisdicciones cuyos actos cognitivos y resolutivos trascienden las fronteras y obligan a los Estados. ¿Se pierde soberanía? Veámoslo desde otra perspectiva: se ejerce soberanía. El pacto social de Rousseau absorbió libertades personales, pero aseguró, por eso mismo, otras libertades particulares. De lo contrario éstas no existirían, arrolladas por el vendaval de la fuerza. Así también los pactos internacionales —no los impuestos, sí los verdaderamente consentidos— y sus consecuencias, algunas de ellas jurisdiccionales.

García Ramírez expone con su habitual maestría el tema, previamente a su solución jurídico-política final y referimos al lector al conocimiento directo de su espléndida obra. Dejamos previamente a la inopinada solución senatorial nuestros puntos de vista en nuestro *Tratado* y me parece que a ninguno de los dos nos ha dejado satisfechos esa decisión final tan pobre, tan enteca, tan timorata y que finalmente nos deja como estábamos: huérfanos y con una clarísima *politización* inadmisibles de la jurisdicción.

Lo que habrá que ponderar —tal vez en una edición posterior, bajo tiempos de maduración de la ahora flamante Corte— es la arquitectura jurídica que se brinde, su aplicación e interpretación jurídicas, la jurisprudencia que se vaya sentando, la atención que brindemos, oportuna siempre a los teóricos del tema, y por supuesto las cargas ideológicas que presidan la nueva potestad jurisdiccional de orden mundial.