

LA TESIS DE RONALD DWORKIN SOBRE LA RESPUESTA CORRECTA EN LOS CASOS DIFÍCILES ¿ES VIABLE EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO?

Jorge Higuera Corona*

RESUMEN: En el presente artículo se analiza la teoría del juez Hércules de Ronald Dworkin, quien planteó la idea de un juez infalible capaz de encontrar siempre la respuesta correcta en casos difíciles. Se analizan las ideas del ministro Felipe Tena Ramírez, quien en 1953, ya afirmaba la inexistencia de un juez infalible y abogaba por estudiar las reglas que permiten a los jueces mantener su moralidad y reputación a pesar de cometer errores e injusticias. Finalmente, se analiza si la teoría del juez Hércules se aplica en el sistema legal mexicano, que se basa en la resolución de conflictos mediante contradicciones de criterios y jurisprudencia.

ABSTRACT: This article analyzes the theory of Judge Hercules by Ronald Dworkin, who proposed the idea of an infallible judge capable of always finding the correct answer in difficult cases. Minister Felipe Tena Ramírez, in 1953, affirmed the nonexistence of an infallible judge and advocated studying the rules that allow judges to maintain their morality and reputation despite committing errors and injustices. Finally, it is concluded that the theory of Judge Hercules is not applied in the Mexican legal system, which is based on the resolution of conflicts through contradictions of criteria and jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: Ronald Dworkin, teoría jurídica contemporánea, los derechos en serio.

KEYWORDS: Contemporary legal theory, Taking Rights Seriously

* Magistrado del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto.

Fecha de recepción: 23 de abril de 2023.

Fecha de aceptación: 14 de agosto de 2023.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TRES ASPECTOS CENTRALES EN LA TEORÍA DE RONALD DWORKIN. III. PARTICULARIDADES DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. IV. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El tema elegido para el presente trabajo surgió en el módulo de Ronald Dworkin y la crítica al positivismo jurídico, en el Curso de Teoría Jurídica Contemporánea, organizado por el entonces Director General del Instituto de la Judicatura Federal – Escuela Judicial Dr. Rafael Estrada Michel, que se llevó a cabo presencialmente del 6 de agosto al 31 de octubre de 2019 en la Extensión Puebla, dicho módulo fue impartido por el Dr. Ímer Flores Mendoza, quien es un ferviente admirador de ese distinguido jurista.

Al iniciar su clase nos preguntó qué sabíamos y, en su caso, qué opinábamos de Dworkin, de inmediato le respondí que yo no había leído los textos de este autor, sino sólo había escuchado algunos comentarios sobre él.

Agregué que tengo muy presente la participación de un joven juez de distrito que en un congreso de jueces y magistrados aludió al juez Hércules creado por Dworkin, se veía muy convencido y entusiasta de esa teoría.

La verdad no me provocó empatía lo expresado por ese joven juez de distrito, más bien sentí escepticismo respecto de la creación de una figura tan artificial para sustentar una teoría jurídica.

Al escuchar esto el Dr. Flores, con la seguridad que le da el conocimiento profundo del pensamiento de Dworkin, me dijo que una vez que acabara de impartir ese módulo, yo sería más *herculeano* que aquel joven juez de distrito.

Íntimamente vinculado con la figura del juez Hércules está la tesis de que en los casos difíciles que deben resolver los jueces —y con mayor razón en los casos fáciles— existe una única solución correcta.

Debo confesar que de acuerdo con mi experiencia en la función práctica dentro de la judicatura federal (iniciada en 1980), desde un principio me resultaba muy difícil aceptar que sea cierta la teoría de Dworkin.

Ahora que ya he leído varios textos de Ronald Dworkin, que aprecio la complejidad de su pensamiento, mi intención no es rebatirlo lisa y llanamente, pues sería desmesurado de mi parte pretenderlo, sino más bien en un plano más realista y de alcance modesto, simplemente reflexionar acerca de algunos puntos muy concretos de su teoría, con particular énfasis en si ésta (en los aspectos a que me referiré) es o no aplicable en el sistema jurídico mexicano.

Para poder llegar a ese punto, primero será necesario conocer en sus principales argumentos, el pensamiento de Dworkin sobre los aspectos que me interesan, de la manera más fidedigna posible, por ello inevitablemente optaré por hacer algunas citas textuales, tanto en español como en inglés, a fin de no dejar dudas de si lo estoy comprendiendo bien, y si en efecto lo descrito corresponde realmente a lo que él sostiene en los textos que citaré.

Al ser Ronald Dworkin un acérrimo crítico de su antiguo maestro H.L.A. Hart, será necesario aludir también, someramente, a algunos conceptos medulares de este egregio autor.

Asimismo, en forma muy sintética, haré referencia a otros prestigiados autores, como son Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, que han opinado de manera directa o indirecta sobre alguno de los temas abordados, con la finalidad de tener un panorama más amplio.

Al exponer las particularidades del sistema jurídico mexicano, citaré varios casos prácticos que ejemplifican los mecanismos existentes para enfrentar la problemática aquí analizada.

Coadyuvan a mejorar el sistema las sugerencias derivadas del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, que se expondrán brevemente.

Con todo ello trataré de demostrar las razones constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinarias, que hacen inviable la aplicación en la práctica judicial mexicana de la tesis de Dworkin sobre la respuesta correcta.

II. TRES ASPECTOS CENTRALES EN LA TEORÍA DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin (R.D), desarrolla su teoría conceptual alternativa en su clásico libro *Los derechos en serio*, como una dura crítica al positivismo jurídico, en particular el sustentado por H.L.A. Hart.

Estima que su teoría muestra cómo las personas pueden tener derechos legales distintos de los creados por una decisión o una práctica explícita, de modo tal que pueden tener derecho a resoluciones judiciales precisas hasta en los casos difíciles, en los que suele no haber una decisión explícita o, al menos, no es exigible una decisión en algún sentido específico.

Son muchos aspectos jurídico-filosóficos los que analiza pormenorizadamente R.D., para efectos del presente trabajo únicamente quiero referirme al concepto de discreción o discrecionalidad en la decisión judicial, a la figura del juez Hércules, y a la tesis de la “no respuesta correcta” (*no right answer*), y su contraria la de “la respuesta correcta”.

A) la discreción judicial

1. Enfoque de Dworkin

Dworkin parte del análisis de la doctrina de la discreción judicial sustentada por los positivistas, que consideran que, si un caso no está claramente definido por una norma establecida, el juez debe decidir por medio del ejercicio de la discreción. En sentido opuesto, sostiene

ne que cuando existe una norma clara y directamente aplicable, el juez no tiene discreción.

En particular alude a la teoría de Hart, quien estima que algunas normas jurídicas son vagas, de modo tal que todas las de ese tipo son de “textura abierta”.

En la descripción que R.D. hace de la doctrina de los positivistas, destaca lo siguiente:

Insisten en que, en ocasiones, los jueces pasan momentos angustiosos para elucidar un principio jurídico, y en que es frecuente que dos jueces igualmente experimentados e inteligentes estén en desacuerdo.¹

El punto medular de la cuestión que plantea R.D., se puede sintetizar de la siguiente manera. Al tener un juez que resolver un caso difícil debe considerar que hay tres posibilidades para hacerlo, a partir de los elementos que debe atender al efecto: 1) que su análisis le exija que decida por el demandante, 2) o que le exija que resuelva a favor del demandado, 3) o que no le exija ninguna de las dos decisiones, pero le permita optar por cualquiera de ellas.

Para Hart en el supuesto 3) la norma en discusión es de textura abierta, por lo que el juez válidamente puede y debe ejercer discreción para resolver.

En cambio, para Dworkin incluso en el supuesto 3) el juez no resuelve discrecionalmente, sino que debe atender a dos conceptos de primordial importancia: a) el referente a la “intención” o “propósito” de la ley en cuestión, y b) el atinente a los principios que están “en la base de” o “incorporados en” las normas jurídicas positivas.²

¹ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, (México: Ariel, 2002) 87. Antes había abordado el tema de la discreción judicial en Ronald Dworkin, “*The Model of Rules*”, *University of Chicago Law Review* 35, 1 (1967): 32-40, <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclev/vol35/iss1/3>>.

² *Ibidem*, p. 176.

2. Enfoque de Hart

Conviene brevemente referir, con la paráfrasis de sus propias palabras, lo que H.L.A. Hart sostuvo sobre este aspecto.

Por más que muchos casos no representen problema para comunicar pautas o criterios de conducta, en algún punto en que su aplicación se cuestione, inevitablemente las pautas tendrán que ser indeterminadas, lo que da lugar a la expresión de “*textura abierta*”, consecuencia de la característica general del lenguaje humano.

Hart estima que ni como ideal sería deseable concebir una regla tan detallada que la cuestión de si se aplica o no a un caso particular, estuviera siempre resuelta anticipadamente y nunca exigiera, en el momento de su aplicación, una elección entre alternativas abiertas, lo que explica del modo siguiente:

La razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses. Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores).³

Particularmente interesante es el análisis que Hart hace del precedente, como criterio de validez jurídica que, precisa, significa cosas diferentes en diversos sistemas e incluso en el mismo sistema en distintas épocas.

Destaca que en el derecho inglés no existe ningún método único para poder determinar la regla por la que se reconoce autoridad a un precedente; no obstante, en la gran mayoría de los casos resueltos quedan pocas dudas acerca de lo correcto de la decisión.

Y sobre todo “ninguna formulación de una regla que tiene que ser extraída de los casos puede pretender ser la única correcta.”,⁴ por ello es factible que cuando los jueces resuelven algún caso posterior, esporádicamente, pueden llegar a una decisión contraria a la

³ Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho*, 3a. edición, trad. Genaro R. Carrió, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012) 159-60.

⁴ *Ibidem*, pp. 167-68.

de un precedente, o matizarla y acoger alguna excepción antes no considerada.

La clase de diferencias jurídicamente relevantes que se pueden encontrar entre el precedente y el caso posterior nunca es posible determinarla en forma exhaustiva.

Para concluir la exposición de estas ideas de Hart, de gran relevancia es lo que sostiene sobre la textura abierta del derecho, en cuanto significa que existen áreas de conducta en las que mucho hay para que sea desarrollado por los tribunales, los cuales desempeñan una función productora de reglas. Sin embargo, con aguda perspicacia enfatiza que en Inglaterra es frecuente que los tribunales nieguen cumplir esa función creadora, en cambio afirman que la tarea específica de la interpretación de la ley y del uso del precedente, es buscar “la intención del legislador y el derecho que ya existe”.⁵

⁵ *Ibidem*, pp. 168-69. H.L.A. Hart, en su respuesta póstuma a sus críticos, en especial a R.D., titulada *Post scriptum al concepto de derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, traducción Rolando Tamayo y Salmorán, México, 2000, aclaró lo siguiente: “Es importante observar que el poder jurídico creador que adscribo a los jueces para regular casos dejados parcialmente no regulados por el derecho es diferente del [que dispone] una legislatura: no sólo porque los poderes del juez están sometidos a muchas restricciones que *estrechan sus opciones*, restricciones de las cuales una legislatura podría estar completamente libre, sino porque, toda vez que los poderes del juez son ejercidos únicamente para casos particulares que surgen, no puede usarlos para introducir reformas de gran escala o nuevos códigos. De esta manera, sus poderes son intersticiales (*sic*: debe decir intersticiales) y sujetos a muchas limitaciones sustantivas. Como quiera que sea, habrá cuestiones donde el derecho existente no pueda proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador. Sin embargo, el juez no tiene que hacerlo arbitrariamente: esto es, siempre debe tener alguna razón general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consciente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores. Pero, si el juez satisface estas condiciones, está facultado para seguir estándares o razones para pronunciar una resolución que no están dados por el derecho y pueden diferir de estándares o razones seguidos por otros jueces frente a casos difíciles similares”.

B) El juez Hércules

Para desarrollar su teoría Dworkin imagina un “juez filósofo”, capaz de elaborar teorías acerca de qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos, al que llamará Hércules y que lo concibe del modo siguiente:

Para este propósito he inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia, y perspicacias sobrehumanas, a quien llamaré Hércules. Supongo que Hércules es juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos. Supongo que acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del derecho de su jurisdicción.⁶

Por un lado, dice que Hércules debe preguntarse por qué la Constitución tiene el poder de crear o anular derechos, y cuál es exactamente el esquema de los principios fijados por ella; y, por otro, por qué una ley, cualquiera que sea, tiene el poder de alterar derechos.

De igual manera —agrega R.D.— Hércules puede cuestionarse qué interpretación, en forma más satisfactoria, vincula el lenguaje que utilizó el legislador con las responsabilidades constitucionales a su cargo.

Si bien Hércules no amplía la acción del legislador cuando promulga la ley, al construir su teoría política para interpretar ésta, llegaría a justificar muchas decisiones que los legisladores de hecho no tomaron al expedir la ley.

⁶ Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, 177; Ronald Dworkin, “Hard Cases”, *Harvard Law Review* 88, núm. 6, abril (1975): 1083.. En un texto previo R.D. ya había expresado este pasaje, que en el idioma original inglés es el siguiente: “I have invented, for this purpose, a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules. I suppose that Hercules is a judge in some representative American jurisdiction. I assume that he accepts the main uncontroversial constitutive and regulative rules of the law in his jurisdiction”.

El tema de la fuerza del precedente da pauta a Dworkin para clarificar por qué inventó al juez Hércules, inicia en la forma siguiente:

Un día, los juristas presentarán a Hércules un caso difícil, que no está previsto en la ley, y discutirán si las decisiones anteriores del tribunal, debidamente entendidas y basadas en el derecho consuetudinario, reconocen a alguna de las partes el derecho a una decisión que le sea favorable.⁷

Añade que Hércules podrá descubrir que gran parte de las opiniones que los litigantes invocan como precedentes, no contienen alguna solución especial que pudiera tomarse como forma canónica de la norma en ella contenida, pues nadie cree que la fuerza de los precedentes se agote, como acontece con una ley, en los límites del lenguaje que le impone una determinada formulación.

Sin embargo, la decisión previa ejerce una fuerza gravitacional sobre las decisiones posteriores, incluso cuando éstas se ubican fuera de su órbita específica. De modo tal que dicha fuerza gravitacional:

es parte de la práctica que debe representar la teoría general del precedente de Hércules. [...] La fuerza gravitacional de un precedente se puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes.⁸

Es decir, la fuerza gravitacional de un precedente radica en los argumentos de principio que le sirven de base, que es a la primera conclusión a la que llega Hércules. Y vinculada con ésta arriba a una segunda conclusión, de una exigencia mucho mayor, consistente en que, si la fuerza gravitacional del precedente se basa en la concepción de que la equidad requiere el trato congruente de los derechos, se necesita que Hércules descubra principios que no sólo se ajusten al precedente invocado por alguna de las partes, sino que debe atender a todas las demás decisiones judiciales que existen dentro de su jurisdicción en general.

⁷ Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, 182.

⁸ *Ibidem*, pp. 184-85.

Tarea titánica —aun cuando Dworkin no usa este adjetivo— la que debe realizar el juez Hércules, que lleva a R.D. a expresar lo siguiente:

Ya verá ahora el lector por qué he llamado Hércules a nuestro juez. Hércules debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario y, en cuanto también han de estas [*sic*: debe decir estar] justificadas por principios, para las estipulaciones constitucionales y legislativas.⁹

Habría muchísimas más cosas que decir acerca de las reflexiones de Dworkin sobre el juez Hércules, pero quisiera cerrar con un aspecto esencial para los fines que persigue el presente trabajo, referente a la aseveración de R.D. de que la teoría constitucional elaborada en esa forma por el juez Hércules, sería más o menos distinta de la realizada por un juez diferente (más adelante crea al ficticio juez Herbert,¹⁰ que es de una medianía absolutamente normal, el prototipo de juez falible), porque una teoría constitucional de alto nivel requiere juicios de adecuación institucional sobre problemas complejos, que además exige juicios axiológicos y de filosofía política; de ahí que, concluye, los juicios del juez Hércules tienen que diferir, indefectiblemente, de los que llegaran a emitir otros jueces. Pero al mismo tiempo reconoce que no obstante que los juicios del propio Hércules serían de muy amplio alcance, algunos de ellos podrían ser discutibles.¹¹

Ello porque en la práctica judicial el juez Hércules advertirá que la congruencia total a la que aspira será imposible de alcanzar, salvo

⁹ *Ibidem*, 190.

¹⁰ No puedo evitar expresar que me parece desafortunado que Dworkin haya elegido precisamente nombrar Herbert a ese juez mundano, en contraste con el súper dotado juez Hércules, cuando es obvio que conocía perfectamente que el primer nombre de Hart era justo Herbert seguido de Lionel Adolphus. Para mí esa elección constituye una falta de respeto para quien fue su maestro, y sin duda un distinguidísimo jurista, merecedor de todos los respetos, por ello la considero desafortunada.

¹¹ *Ibidem*, 191-92.

que incluya en su teoría el concepto de que se puede prescindir por errónea de alguna parte de la historia institucional, puesto que R.D. reconoce que el juez Hércules:

incluso con su soberbia imaginación será incapaz de hallar un solo conjunto de principios que reconcilie todas las leyes y precedentes que hay. [...] Es claro que cualquier conjunto de leyes y decisiones puede ser explicado histórica, psicológica o sociológicamente; pero la coherencia exige una justificación no una explicación y la justificación debe ser plausible y no ficticia.¹²

De modo tal que así llega a crear su teoría de los errores institucionales, que desarrolla ampliamente pero que por razón de espacio aquí ya no puedo detallar; sin embargo, dicha teoría es una salida cómoda para minimizar el inocultable grave problema de los llamados —*ex post facto*— errores institucionales, que mientras no se reconozcan como tales, y a veces por largos periodos de tiempo, son la verdad legal indiscutida.

Dworkin admite que la objeción que plantea que la decisión que tome cualquier juez, respecto de los derechos de las partes, puede ser errónea en los casos difíciles, se debe a que la técnica de Hércules, con todo lo que ella exige, no sería apropiada —por irrealizable— para los jueces en general.

Esa objeción puntualiza que los jueces, en ocasiones (mas no siempre), cometerán errores porque son seres humanos falibles y porque, además son capaces de discrepar.

El escepticismo basado en la falibilidad de los jueces, sostiene R.D., no es en sí mismo un argumento en contra de la técnica de adjudicación de Hércules, pero sí es un oportuno recordatorio para cualquier juez:

de que bien puede equivocarse en sus juicios políticos y de que, por ende, ha de decidir con humildad los casos difíciles. [...] Debemos

¹² *Ibidem*, 193-94.

auspiciar técnicas de adjudicación de las que quepa esperar que reduzcan globalmente el número de errores.¹³

C) La tesis de la no respuesta correcta, en oposición a la tesis de la respuesta correcta de Dworkin

Dworkin, desarrolla su tesis de “la respuesta correcta”, a partir de una severa crítica a la tesis contraria de la “no respuesta correcta”.

En su libro *Los derechos en serio*¹⁴ retoma con igual profundidad que en un ensayo previo, que tituló a manera de interrogante: *No Right Answer?*¹⁵, que desde el título lleva inmerso sutilmente su escepticismo acerca de esta tesis, la cual al final —en ambos textos— la rechaza tajantemente.

Con su singular estilo, también para este tema R.D. crea un personaje ficticio que denomina “el filósofo”, quien acude a una convención de jueces a plantearles que han cometido un grave error, pues ellos piensan que hay una respuesta correcta para un caso jurídico difícil, cuando en realidad no la hay, sino que lo que existen son sólo respuestas.

El filósofo considera que es un mito la idea de que hay una respuesta correcta, así como que, por ello, los jueces no tienen discreción para decidir los casos difíciles. Los jueces convencen al filósofo para que estudie derecho tres años y luego ejerza varios años el cargo de juez, entonces descubrirá que él también puede construir soluciones del tipo que, a su parecer, se sustentan en errores.

Aprenderá a fundar con razones esa convicción, aun cuando esté consciente que para otros esas razones no serán concluyentes. Su pretensión es demostrar que, en un caso difícil, ninguna de las partes tiene derecho a una decisión a su favor: ni la proposición de que

¹³ *Ibidem*, 208.

¹⁴ Dworkin, *Los derechos en serio, op. cit.*, 402-11.

¹⁵ Ronald Dworkin, “*No Right Answer?*” en *Law, Morality and Society: Essays in Honor of H.L.A. Hart*, (eds.) PMS Hacker y J Raz, (Oxford: Clarendon Press, 1977) 58-84.

el demandado sea responsable de los daños económicos es válida, ni tampoco lo es la proposición de que el demandado no sea responsable de aquéllos. La consecuencia de la tesis de la no respuesta correcta, en cuanto a los valores de verdad de dichas proposiciones, es que ninguna de las proposiciones es falsa —porque ello implicaría que la otra fuera verdadera—, pero tampoco ninguna es verdadera.

Si ninguna de dichas proposiciones contrarias es válida, R.D. las propone llamar juicio “de empate”, que es el punto que se ubica en el centro de una escala que fluctúa de izquierda a derecha, en la que algunos opinan que la solución debe estar en algún punto hacia la izquierda, mientras que otros pueden creer que la solución está en algún punto hacia la derecha, y otros pueden opinar que debe situarse justamente en el centro.

Para Dworkin esto último puede constituir un juicio de “no respuesta correcta”, si se la entiende en relación con que ninguna de las otras dos respuestas posibles es correcta; pero a su parecer la tercera opción es un juicio que pretende ser la respuesta correcta.

Es decir, la respuesta denominada de “no respuesta correcta”, como juicio posible que es, constituye un juicio de igual carácter que las otras dos respuestas disponibles, asimismo falible.

Por tanto, la afirmación del filósofo que sostiene que los jueces yerran al suponer que en cada caso difícil puede haber una respuesta correcta, es una afirmación que si la hiciera un juez:

es casi seguramente falsa. Se reduce a esto: el juicio de empate es necesariamente el juicio correcto en cada caso controvertible tomado aisladamente. [...] todos los jueces concederán que de hecho, algunos casos difíciles pueden ser empates, pero ninguno supondrá que sean todos empates.¹⁶

Llegado a este punto R.D. matiza la afirmación del filósofo, para hacerla más modesta, en el sentido de que no sostiene que no haya una respuesta correcta en ningún caso difícil, sino únicamente que

¹⁶ Dworkin, *Los derechos en serio, op. cit.*, 406.

es irracional creer que debe existir una respuesta correcta en cada caso difícil.

Dworkin aclara que suponía que el argumento teórico en favor de la tesis de la no respuesta correcta, en principio, demostraba que no podía existir para un caso difícil, una única respuesta correcta; sin embargo, el argumento matizado podría suponer que los sistemas jurídicos actuales, reconocen para las proposiciones de derecho condiciones de verdad que no permiten, en un caso difícil, una respuesta correcta, “pretensión mucho más modesta, aun cuando fuera verdad, pero no lo es.”¹⁷

El análisis que R.D. realiza de esta tesis es mucho más amplio y detallado, aquí solamente he querido referir algunos de sus principales argumentos sobre el tema, y en particular deseo finalizar la exposición de su teoría con la conclusión a la que llega, de manera literal tanto en español en uno de sus libros, como en inglés en uno de sus ensayos, en la forma siguiente:

No se puede mantener de ninguna manera la tesis de la no respuesta correcta.¹⁸

For all practical purposes, there will always be a right answer in the seamless web of our law.¹⁹

Con todo lo hasta aquí expuesto queda demostrado que para Dworkin en el sistema jurídico estadounidense y, en general, en los sistemas anglosajones, no sólo para los casos difíciles, sino para cualquier cuestión legal, siempre habrá una respuesta correcta.

OPINIÓN DE ROBERT ALEXY SOBRE ESTA TESIS

De manera muy sintética sólo quiero aludir a un par de conceptos contenidos en el libro de Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*.

¹⁷ *Ibidem*, 408.

¹⁸ *Ibidem*, 410.

¹⁹ Dworkin, “No right answer?” *op. cit.*, 84.

dica,²⁰ que permitan tener un panorama un poco más amplio acerca del tema de mi interés.

Al ocuparse Alexy de la exigencia de fundamentación y la pretensión de corrección ligada a aquélla, por cuanto hace a las decisiones judiciales, se consigue por medio del derecho positivo. En virtud de que conforme al derecho vigente en Alemania y tal vez en la mayor parte de los Estados, los jueces están obligados a fundamentar sus decisiones, de modo tal que la decisión judicial, por razón del derecho positivo, queda cubierta con la pretensión de corrección.

Estima que existen razones para opinar que la falta de la pretensión de corrección de una decisión judicial, no le quita indefectiblemente su carácter de decisión válida, aun cuando considera que sí la hace en cierto modo defectuosa.²¹

Más adelante Alexy sostiene que si para cada cuestión práctica existiera una única respuesta correcta, “*habría que negarlo inmediatamente*”, al margen de si exista o no un procedimiento para encontrarla y para probar su corrección.

Crítica a quien defiende esta tesis, porque separa el concepto de corrección de los conceptos de fundamentabilidad y de posibilidad de prueba, que le da un carácter no procedimental, y de modo contundente afirma lo siguiente:

La suposición de la existencia, independientemente del procedimiento, de una única respuesta correcta para cada cuestión práctica es una tesis ontológica que tiene poco en su favor y contra la que se puede aducir mucho.²²

En fin, agrega que la única respuesta correcta como idea regulativa, no presupone que exista ya para cada cuestión práctica una res-

²⁰ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. edición, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, (Lima: Palestra, 2015) 1-566.

²¹ *Ibidem*, 298-99.

²² *Ibidem*, 432.

puesta correcta, que nada más haya que descubrir. “*La única respuesta correcta tiene más bien el carácter de un fin al que hay que aspirar.*”²³

ALGUNAS REFLEXIONES DE GUSTAVO ZAGREBELSKY AL RESPECTO.

Al analizar la desintegración de la interpretación y la crisis de la certeza del derecho, Zagrebelsky destaca, en su libro *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*,²⁴ entre otras reflexiones al respecto, que la interpretación si no está ligada u orientada a un caso concreto, equivale a girar en el vacío sin sentido alguno, de modo tal que la influencia del caso no puede eliminarse.

En la terminología de este autor denomina a los casos difíciles como “casos críticos”, que evidencian con mayor fuerza esa influencia, que sin embargo no está ausente en los casos fáciles que llama “de rutina”, en los que opera silenciosamente.

El temido arbitrio de los intérpretes y la falta de certeza del derecho no depende, esencialmente, del tipo de concepción interpretativa que se elija, sino en condiciones más de fondo en las que opera el derecho, que se encuentran en el carácter pluralista de las sociedades actuales, en las que los juristas, entre ellos destacadamente los jueces, asumen interpretaciones distintas, lo que se acentúa por la novedad y variedad de los problemas planteados.

De particular relevancia para los fines que el presente trabajo busca, es la reflexión de Zagrebelsky acerca de la pretensión de quien quisiera frenar la fragmentación de la jurisprudencia, a través de una actitud interpretativa más rigurosa, a lo que se le podría contestar lo siguiente:

ni siquiera conseguiría tanto el que parece el más seguro e incontable de todos los criterios de interpretación, el literal [...] Cuando

²³ *Ídem.*

²⁴ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, trad., Marina Gascón, (Madrid: Trotta, 2019) 1-156. Cfr. Para un análisis más amplio en el idioma original: Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, (Bologna: il Mulino, 2008) 1-419.

existen distintos contextos de sentido y de valor, ni siquiera la letra es una garantía de certeza. La argumentación 'literal' de Porcia contra la pretensión de Shylock (en Shakespeare, *El mercader de Venecia*, IV, I), es una demostración clásica de ello.²⁵

III. PARTICULARIDADES DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

La pregunta esencial que pongo al centro del presente trabajo, es la siguiente: ¿en el sistema jurídico mexicano es factible afirmar que para toda cuestión legal siempre habrá una respuesta correcta?

Sostengo que ello no es así en el caso mexicano, por las razones que expondré a continuación.

Antes de iniciar con el tema central, deseo aclarar que en el sistema jurídico mexicano por supuesto que sí existen muchos casos (sin poder precisar su número ni su porcentaje respecto del todo), en los que sí habrá una respuesta correcta, son aquellos en los que no hay desacuerdo en la forma como deben ser resueltos, pues no ofrecen duda de cuál debe ser su solución. Éstos no son los que me preocupan.

Mi preocupación se centra en los casos cuya solución es debatible, que son también indeterminados, pero, por lo que en seguida analizaré, se deduce que son muy numerosos.

A) *Contradicción de criterios*

En el sistema jurídico mexicano se prevé, tanto en su Norma Fundamental como en una de sus leyes secundarias, un mecanismo jurisdiccional para resolver la problemática suscitada con la contradicción de criterios entre órganos terminales de diversas jerarquías, a

²⁵ *Ibidem*, 146; Ronald Dworkin, *Justicia para erizos*, trad. Horacio Pons (México: Fondo de Cultura Económica, 2016) 127-235. En contraste, sobre la interpretación, cfr. *Justicia para erizos*.

fin de dar certeza y seguridad jurídica a los justiciables, para que ante problemas jurídicos esencialmente iguales, pero resueltos de diferente manera por los tribunales competentes para dirimirlos, se determine por un órgano superior cuál es la solución (no necesariamente correcta, sino simplemente legal), que debe prevalecer para solucionar todos los subsiguientes casos (los ya resueltos permanecen inmutables) derivados de esa específica problemática jurídica.

En efecto, dicho mecanismo se establece en el art. 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los arts. 225 a 229 de la Ley de Amparo,²⁶ las pautas generales se contienen en la norma superior, y se detallan en la norma secundaria.

Para los fines que persigo con este trabajo, es llamativa y muy significativa la denominación que se asigna al capítulo IV del título cuarto de la Ley de Amparo, que es la siguiente: *Jurisprudencia por Contradicción de Criterios*. Y en la propia Constitución General de la República, en la fracción XIII de su art. 107, se alude a los casos en que los órganos de amparo “sustenten criterios contradictorios”.

El art. 225 de la Ley de Amparo describe cómo se establece la jurisprudencia por contradicción, que se genera al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), entre los Plenos Regionales, o entre los Tribunales Colegiados de Circuito, en los asuntos de sus respectivas competencias.²⁷

²⁶ Reformados mediante decreto publicado en el DOF el 07/06/21.

²⁷ A guisa de ejemplo se cita la tesis 1a./J. 22/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXI, marzo de 2010, pp. 122-123, cuyo contenido es el siguiente: “**CONTRADICCIÓN DE TESIS ENTRE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. CONDICIONES PARA SU EXISTENCIA.**- Si se toma en cuenta que la finalidad última de la contradicción de tesis es resolver los diferendos interpretativos que puedan surgir entre dos o más tribunales colegiados de circuito, en aras de la seguridad jurídica, independientemente de que las cuestiones fácticas sean exactamente iguales, puede afirmarse que para que una contradicción de tesis exista es necesario que se cumplan las siguientes condiciones: 1) que los tribunales contendientes hayan resuelto alguna cuestión litigiosa en la que tuvieron que ejercer el arbitrio ju-

Pondré un solo ejemplo de este mecanismo de contradicción de criterios (antes contradicción de tesis), que muestra claramente cómo la tesis dworkiniana de la respuesta correcta, es una mera ilusión en el sistema jurídico mexicano.

El caso al que me refiero es aquel que siguió un largo camino a partir del enfoque novedoso del entonces Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que el 28 de abril de 1988 sustentó el criterio para los efectos de la procedencia o no del juicio de amparo indirecto (respecto de la interpretación del art 107, fr. III, inciso b), constitucional, en su texto vigente en esa época), relativo a la distinción entre actos procesales que tienen una ejecución de imposible reparación, por afectar derechos sustantivos, y aquellos que sólo producen efectos de carácter formal o intraprocesal, que por ello no son de imposible reparación, incluyendo en estos últimos la desestimación de la excepción de falta de personalidad sin ulterior recurso, no reclamable en amparo indirecto. (Tesis I. 4º. C. J/2, tomo I, segunda parte-2, enero a junio de 1988, pp. 827-828, Octava Época, del Semanario Judicial de la Federación).²⁸

Posteriormente, la hoy extinta Tercera Sala de la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 3/89 el 13 de noviembre de 1989, acogió dicho criterio, y llevó a cabo la interpretación del art. 107, fr. III, constitucional, en relación con el art. 114, fr. IV, de la Ley de Ampa-

dicial a través de un ejercicio interpretativo mediante la adopción de algún canon o método, cualquiera que fuese; 2) que entre los ejercicios interpretativos respectivos se encuentre al menos un razonamiento en el que la diferente interpretación ejercida gire en torno a un mismo tipo de problema jurídico, ya sea el sentido gramatical de una norma, el alcance de un principio, la finalidad de una determinada institución o cualquier otra cuestión jurídica en general, y 3) que lo anterior pueda dar lugar a la formulación de una pregunta genuina acerca de si la manera de acometer la cuestión jurídica es preferente con relación a cualquier otra que, como la primera, también sea legalmente posible”.

²⁸ Cuyo rubro es el siguiente: **“EJECUCIÓN IRREPARABLE, ACTOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN III, INCISO B, CONSTITUCIONAL”.**

ro. (Jurisprudencia 44, tomo IV, primera parte, julio a diciembre de 1989, p. 279, Octava Época, del mencionado semanario)²⁹.

De modo tal que entró a su vez en contradicción con la tesis tradicional sostenida al respecto por la hoy extinta Cuarta Sala de la SCJN (jurisprudencia 168, quinta parte, p. 150, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917 a 1985);³⁰ que el Pleno de ese Alto Tribunal registró con el número 133/89 y resolvió el 16 de enero de 1991, por mayoría de 11 votos contra 8, en el sentido de que es improcedente el amparo indirecto en contra de la resolución que desecha la excepción de falta de personalidad sin ulterior recurso. (Jurisprudencia 6/1991, tomo VIII, agosto de 1991, pp. 5-7, Octava Época, del citado semanario judicial).³¹

Cinco años y medio después, al resolver el 6 de agosto de 1996 el amparo en revisión 6/95 el Pleno de la SCJN, decidió interrumpir parcialmente dicha jurisprudencia 6/1991, reconoció como útil la distinción entre actos dentro del juicio que afectan de manera cierta e inmediata algún derecho sustantivo, y aquellos que solamente afectan derechos adjetivos o procesales, para establecer que como regla general sólo los primeros son reclamables en amparo indirecto por ser de ejecución irreparable, pero que existen excepciones, como en el caso de la desestimación de la excepción de falta de personalidad, que afecta a la parte agraviada en grado predominante y superior, de

²⁹ Con el siguiente rubro: “**AMPARO INDIRECTO. RESULTA IMPROCEDENTE CONTRA LA RESOLUCIÓN DE APELACIÓN QUE DECIDE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD (INTERRUPCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA TESIS JURISPRUDENCIAL NÚMERO 208, VISIBLE EN LA PÁGINA 613, CUARTA PARTE DEL APÉNDICE DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN 1917-1985)**”.

³⁰ De rubro siguiente: “**PERSONALIDAD, CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE DESECHA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE. PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO**”.

³¹ Cuyo rubro es el siguiente: “**PERSONALIDAD. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DESECHA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD SIN ULTERIOR RECURSO, ES IMPROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO, DEBIENDO RECLAMARSE EN AMPARO DIRECTO CUANDO SE IMPUGNE LA SENTENCIA DEFINITIVA**”.

modo tal que aun cuando se trate de una violación formal, adjetiva o procesal, se justifica la procedencia del amparo indirecto, porque efectivamente causa a una de las partes un perjuicio inmediato y directo de imposible reparación. (Tesis P. CXXXIV/96, tomo IV, noviembre de 1996, pp. 137-139, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta).³²

Al haber dejado de ser obligatoria la jurisprudencia 6/1991, en el aspecto antes destacado, y no ser tampoco obligatoria la tesis aislada P. CXXXIV/96, se dio pauta nuevamente a criterios discrepantes entre Tribunales Colegiados, concretamente entre el Quinto y el Octavo en Materia Civil del Primer Circuito, que generaron la contradicción de tesis 50/98-PL, que fue resuelta el 7 de diciembre de 2000 por el Pleno de la SCJN, que dio lugar a la jurisprudencia P./J. 4/2001, en el mismo sentido que la tesis P. CXXXIV/96, que admite la procedencia del amparo indirecto en ese supuesto, cuya obligatoriedad puso fin a este largo camino de 13 años de discrepancias sobre la interpretación del art. 107, fr. III, constitucional, en relación con el art. 114, fr. IV, de la Ley de Amparo, vigentes durante esos años. (P./J. 4/2001, tomo XIII, enero de 2001, pp. 11-12, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta).³³

Tuvieron que transcurrir otros 13 años para que con motivo de la entrada en vigor de una nueva Ley de Amparo el 3 de abril de 2013, se produjera una diversa contradicción de tesis entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito y el Segundo y el Cuarto Tribunales Colegiados en Materia de Trabajo

³² Con el siguiente rubro: **“PERSONALIDAD. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DIRIME ESTA CUESTIÓN, PREVIAMENTE AL FONDO, PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO (INTERRUPCIÓN PARCIAL DE LA JURISPRUDENCIA PUBLICADA BAJO EL RUBRO ‘PERSONALIDAD. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DESECHA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD SIN ULTERIOR RECURSO, ES IMPROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO, DEBIENDO RECLAMARSE EN AMPARO INDIRECTO CUANDO SE IMPUGNA LA SENTENCIA DEFINITIVA)’”.**

³³ De rubro siguiente: **“PERSONALIDAD. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DIRIME ESTA CUESTIÓN, PREVIAMENTE AL FONDO, PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO”.**

del Tercer Circuito, sobre el mismo tema de la vía para reclamar el desechamiento de la excepción de falta de personalidad sin ulterior recurso, que se registró ante el Pleno de la SCJN, con el número 377/2013, y fue resuelta el 22 de mayo de 2014, por mayoría de 6 votos contra 3, que dio lugar a la jurisprudencia P./J. 37/2014 (10a.).

El Alto Tribunal interpretó la fr. V del art. 107 de la Ley de Amparo vigente, que, a diferencia de la Ley de Amparo abrogada, esa porción normativa define a los actos de imposible reparación, que justifican la procedencia del amparo indirecto, como aquellos que afectan materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

La mayoría sostuvo que, a partir de la vigencia de la actual Ley de Amparo, ya no es aplicable la jurisprudencia P./J. 4/2001, porque la expresión utilizada por el legislador secundario, atinente a actos que afecten materialmente derechos sustantivos, es antagónica a los derechos de naturaleza formal o adjetiva cuya afectación no es actual, pues depende de si trasciende al desenlace del juicio.

En la jurisprudencia P./J. 37/2014 (10a.) que resolvió la contradicción de tesis 377/2013, hay una parte que me parece muy relevante para los fines que persigue el presente trabajo, por lo que a continuación la reproduciré textualmente. En ella sostiene que la jurisprudencia P./J. 4/2001 no puede seguir siendo aplicable:

ya que ésta se generó al amparo de una legislación que dejaba abierta³⁴ toda posibilidad de interpretación de lo que debía asumirse por dicha expresión [imposible reparación], lo cual a la fecha ya no acontece

³⁴ Es inevitable no asociar esta expresión del Pleno de la SCJN, con la tesis de la “*textura abierta*” del derecho de H.L.A. Hart, que de manera tan clara evidencian esos 13 años de discrepancias entre los jueces mexicanos (Magistrados de varios Tribunales Colegiados de Circuito y ministros de las Salas y del Pleno de la SCJN, en sus diversas integraciones), sobre la interpretación del art. 114, fr. IV, de la abrogada Ley de Amparo.

Pues en esa jurisprudencia P./J. 4/2001, el Pleno reconoció que era procedente el juicio de amparo indirecto "... aunque por ser una cuestión formal no se traduzca en la afectación directa e inmediata de un derecho sustantivo", lo que en la actualidad es incompatible con el nuevo texto legal, que expresamente define a los actos de imposible reparación como aquellos que afectan materialmente derechos sustantivos. (P./J. 37/2014 (10a.), libro 7, tomo I, junio de 2014, pp. 39-41, Décima Época, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación).³⁵

B) Interrupción de la jurisprudencia

El sistema jurídico mexicano no sólo reconoce la inevitable discrepancia de criterios, respecto de un mismo problema jurídico, sostenidos por los jueces³⁶ federales mexicanos, a través de la *contradicción de criterios*; sino que existe otro mecanismo más que es: la *interrupción de la jurisprudencia* (arts. 228 y 229 de la Ley de Amparo), es decir, que aun cuando exista un criterio interpretativo definido de un órgano de jerarquía superior, obligatorio para todos los órganos judiciales de jerarquía inferior, aquél lo puede interrumpir al dictar una sentencia en sentido contrario, con lo que el previo deja de tener carácter obligatorio.

En este último supuesto la ley exige que en la ejecutoria respectiva el órgano de que se trate deberá proporcionar argumentos suficientes que justifiquen el cambio de criterio, con lo cual se interrumpirá la jurisprudencia y dejará de tener carácter obligatorio, lo que se traduce en razonar por qué no eran correctas las consideraciones que

³⁵ Cuyo rubro es el siguiente: "**PERSONALIDAD. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DESECHA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD SIN ULTERIOR RECURSO, ES IMPROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO, RESULTANDO INAPLICABLE LA JURISPRUDENCIA P./J. 4/2001 (LEY DE AMPARO VIGENTE A PARTIR DEL 3 DE ABRIL DE 2013)**".

³⁶ En sentido *lato*, que comprende a las y los ministros de la SCJN, y a las y los magistrados de los tribunales colegiados de circuito, y de los plenos regionales.

se tuvieron en cuenta para establecer dicha jurisprudencia, y por qué debe prevalecer el nuevo criterio.

Que como acabamos de ver en el subapartado A) anterior, eso fue lo que hizo la extinta Tercera Sala de la SCJN, al emitir la jurisprudencia 44, no obstante que derivó de la contradicción de tesis 3/89, y que en realidad acogió como suyo el criterio del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, le dio el tratamiento de interrupción y modificación de su antigua jurisprudencia 208, y al efecto expresó las razones de por qué debía de prevalecer ese novedoso criterio.

Lo mismo llevó a cabo el Pleno de la SCJN, cuando emitió la tesis P.CXXXIV/96 que interrumpió parcialmente la jurisprudencia P./J. 6/91, al razonar en qué parte la interrumpía y por qué debía subsistir sólo en un aspecto como excepción.

Pero ello, conforme al sistema que preveía la abrogada Ley de Amparo, sucedía no únicamente en tratándose de jurisprudencia, sino también acontecía en el caso de tesis aisladas.

Para ilustrar cómo funcionaba en la práctica esta variante, citaré un ejemplo que evidencia cuán incierto es hablar en México de la única respuesta correcta.

El Pleno de la SCJN, al resolver el amparo en revisión 107/92 el 6 de abril de 1995, por mayoría de 6 votos contra 5, determinó que el objeto del —en esa época— recién creado impuesto al activo de las empresas, consistía en la ganancia o rendimiento mínimo presunto originado en la tenencia de activos destinados a actividades empresariales, que dio origen, entre otras, a la (tesis P.XLIX/95, tomo II, agosto de 1995, pp. 66-67, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta).³⁷

Diez meses después, el 22 de febrero de 1996, al resolver el amparo en revisión 749/91, por mayoría de 8 votos contra 3, el Pleno

³⁷ Con el siguiente rubro: “**ACTIVO. SU OBJETO CONSISTE EN LA GANANCIA MÍNIMA PRESUNTA ORIGINADA EN LA TENENCIA DE ACTIVOS DESTINADOS A ACTIVIDADES EMPRESARIALES**”.

de la SCJN se “apartó” del criterio referido en el párrafo inmediato anterior, para lo cual expresó las razones de ese cambio de criterio, entre otras, que a partir de un examen integral del sistema legal del impuesto al activo de las empresas, advirtió que la sentencia mayoritaria de 6 de abril de 1995 dictada en el amparo en revisión 107/92, al estimar que el objeto de ese impuesto recaía en la utilidad mínima presunta, contrariaba el principio de legalidad tributaria “puesto que tal conclusión era resultado de inferencias apartadas no sólo de la literalidad de la ley sino de su interpretación sistemática”.

Sostuvo que si una o varias personas se dedican a una actividad empresarial lo hacen para obtener utilidades, no es aceptable que lo realicen para perder dinero o por simple diversión, menos aún para que a través de los años quienes se dedican a actividades empresariales no obtengan utilidades y a pesar de ello continúen con su actividad.

Por lo que, con una nueva apreciación más rigurosa, concluyó que el objeto de dicho impuesto radica en los activos, pero comprendidos con la vinculación estrecha con los elementos descritos en la ley, como son su susceptibilidad de concurrir en la obtención de utilidades, como signo de capacidad contributiva y los fines fiscales (contributivo y de control), y extrafiscales (de eficiencia empresarial), que se establecen de modo explícito e implícito en aquélla. (P./J. 11/96, tomo III, marzo de 1996, pp. 5-6, Novena Época, del mencionado semanario judicial.³⁸

Lo relevante de este cambio de criterio, es que se refiere al mismo órgano jurisdiccional y a su misma integración, es decir, no se trata de tribunales distintos o de integraciones nuevas, sino de uno solo y el mismo, que en un breve lapso (10 meses) cambia de criterio radicalmente.

³⁸ De rubro siguiente: **“ACTIVO, IMPUESTO AL. EL ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY QUE LO REGULA EXIGE CONSIDERAR QUE SU OBJETO RADICA EN LOS ACTIVOS, CONCURRENTES A LA OBTENCIÓN DE UTILIDADES, COMO SIGNO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA, ASÍ COMO QUE ELLO SE ENCUENTRA VINCULADO A SUS FINES FISCALES (CONTRIBUTIVO Y DE CONTROL) Y A LOS EXTRAFISCALES DE EFICIENCIA EMPRESARIAL”.**

De hecho, es una práctica no infrecuente en los tribunales del Poder Judicial de la Federación, que en un mismo órgano que decide cambiar de criterio utilice la fórmula de: “una nueva reflexión”, para apartarse total o parcialmente del anterior, con la argumentación debidamente razonada que justifica ese cambio de criterio.

C) Jurisprudencia por sustitución conforme al derogado artículo 230 de la Ley de Amparo

En este supuesto un órgano inferior³⁹, con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podía solicitar al superior jerárquico que sustituyera su jurisprudencia que en ese caso aplicó, para lo cual aquél debía expresar las razones por las que estimaba debería acogerse su solicitud, si el órgano superior las consideraba procedentes fijaba los alcances de la sustitución.

Al igual que en los dos supuestos anteriores, en el aquí mencionado sólo pondré un ejemplo para demostrar cómo funcionaba este otro mecanismo, que se preveía expresamente en el derogado art. 230 de la Ley de Amparo en vigor (que con algunas diferencias de forma también se preveía en el último párrafo del art. 197 de la Ley de Amparo abrogada).

Con motivo de una discrepancia de criterios entre los sustentados por los entonces Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito, la Primera Sala de la SCJN resolvió la contradicción de tesis 5/92, el 28 de febrero de 1994, por mayoría de 3 votos contra 2, que dio lugar a la jurisprudencia 1a./J. 10/94, de rubro: **“VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE.”**⁴⁰

³⁹ La ley establecía múltiples variantes, dependiendo de la jerarquía de quien instaba y de quien resolvía, los pormenores pueden verse en el texto del derogado art. 230 de la Ley de Amparo en vigor.

⁴⁰ Publicada en el número 77, mayo de 1994, de la Gaceta del Semanario Judicial de Federación, 18-19.

A partir de entonces constituyó jurisprudencia obligatoria para, entre otros, los Tribunales Colegiados de Circuito, quienes debían aplicarla y, en su caso, ya resuelto el asunto concreto en el que hubieran aplicado ese criterio obligatorio, formular la solicitud de modificación correspondiente.

En esos términos procedió el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, que originó el expediente “Varios 9/2005-PS. Solicitud de modificación a la tesis de jurisprudencia 1a./J. 10/94, derivada de la contradicción de tesis 5/92, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito.”, que fue resuelta por la Primera Sala de la SCJN, el 16 de noviembre de 2005, por unanimidad de 5 votos, en la que aceptó modificar su jurisprudencia 1a./J. 10/94, la cual conserva ese mismo número, pero con el siguiente rubro: **“VIOLACIÓN. SE INTEGRA ESE DELITO AUN CUANDO ENTRE EL ACTIVO Y PASIVO EXISTA EL VÍNCULO MATRIMONIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).”**⁴¹

Como se ve con los tres subapartados anteriores, en el sistema jurídico mexicano tanto a nivel constitucional como legal, se encuentra expresamente reconocida la realidad de los criterios no sólo discrepantes sostenidos por los tribunales del Poder Judicial de la Federación, sino abiertamente contradictorios, en casos que presentan la misma problemática jurídica.

Ante esa realidad contundente el sistema jurídico mexicano hizo caso omiso de cuestiones teóricas, atinentes a si los jueces en problemas jurídicos esencialmente iguales deben resolver conforme a la única respuesta correcta; sino que desde una óptica eminentemente práctica, optó por diseñar tres mecanismos que permitieran enfrentar, y dar solución a, la problemática de la inevitable contradicción de criterios permanentemente suscitados entre los distintos tribunales del Poder Judicial de la Federación, y que constituyen un considerable volumen de casos que se plantean al año.

⁴¹ Que se encuentra publicada en el tomo XII, enero de 2006, 658-659, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Los datos oficiales referidos sólo a las contradicciones de tesis, y únicamente en los últimos 10 años, arrojan los siguientes resultados:

Del Pleno y de las dos Salas de la SCJN, sumaron un total de 4,068.⁴²

Las contradicciones de tesis de los entonces Plenos de Circuito de toda la República, desde su creación hasta el dos mil veintidós, dan un total de 2,910.⁴³

El hecho de que el sistema jurídico nacional reconozca la realidad de la discrepancia de criterios que sobre un mismo problema jurídico sostienen diversos tribunales, no significa que los jueces mexicanos seamos indiferentes ante ello, ni que no nos esforcemos en tratar de encontrar la mejor solución posible del caso concreto por resolver.

Sin embargo, conforme los datos arriba indicados, en muchos casos –que son significativos, pero sin constituir la mayoría de los resueltos– los enfoques jurídicos disímiles tanto al interior de un órgano colegiado como entre distintos tribunales, lleva a la imposibilidad de alcanzar la quimera de la única respuesta correcta en los casos difíciles, que es la materia de análisis en el presente ensayo.

D) Sugerencias derivadas del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación

En el caso mexicano la búsqueda de la mejor solución posible no es parangonable con la respuesta correcta, ni mucho menos con la única respuesta correcta, sino que es un esfuerzo serio de considerar todos los elementos disponibles para alcanzar esa solución lo más objetiva posible.

⁴² De 2012 a 2022, datos consultables por año y por pleno y salas, en la página de la SCJN, aquí yo refiero el total de la suma de cada uno de esos rubros, <<https://www.scjn.gob.mx/pleno/seccion-de-amparos-contradicciones-de-tesis-y-demas-asuntos>>.

⁴³ De 2013 (año de su creación) a 2022 (año de su extinción), consultables año por año y por circuito, en la página de la Dirección General de Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura Federal, aquí yo doy el número total de esos rubros, <<https://10.100.126.236/iuConsultaAsuntos.aspx>>.

Precisamente el capítulo III del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación⁴⁴, se denomina *Objetividad*, que la define como la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al derecho, provenientes de sí mismo, que consiste en emitir sus fallos por las razones que el derecho le suministra, y no por las que deriven de su modo personal de pensar y de sentir.

Con motivo de la expedición en agosto de 2004 de dicho Código de Ética, se llevó a cabo en la Sede Central del Instituto de la Judicatura Federal, el Seminario Interdisciplinario de Ética Motivacional para la Función Jurisdiccional, del 4 de agosto al 8 de diciembre de 2005, los días jueves de cada semana, en el que además de conferencias, coloquios y una dinámica motivacional, se proyectaron cinco películas atinentes al tema de cada uno de los respectivos capítulos del CEPJF, dentro del cual tuve el privilegio de participar en uno de los coloquios con un trabajo denominado: *Objetividad y conciencia moral: un enfoque desde la perspectiva filosófica, referido al ámbito de la judicatura federal*.⁴⁵

Las reflexiones que expresé en ese trabajo hace 17 años las sigo sosteniendo en la actualidad, son producto de la experiencia judicial de —entonces— aproximadamente 25 años, actualmente más de 40 años de servicio, que en síntesis se refieren a lo siguiente.

Es natural que en el desempeño normal de los órganos colegiados del Poder Judicial de la Federación, algunas de sus decisiones se tomen por mayoría de votos, en tales casos tanto los integrantes que sustentan el voto mayoritario, como quienes sostienen el voto de minoría o disidente, están convencidos de tener la razón, consideran que existen dentro del marco del derecho positivo mexicano, motivaciones objetivas que justifican su solución, su convicción los lleva a

⁴⁴ *Poder Judicial de la Federación, Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*, (México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la SCJN, 2004) 18-19.

⁴⁵ Jorge Higuera Corona, “*Objetividad y conciencia moral: un enfoque desde la perspectiva filosófica, referido al ámbito de la judicatura federal*”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 21, (2006): 135-49. La película con la que se relacionó el capítulo de Objetividad, fue *Tres colores: Rojo*, de Krzysztof Kieslowski.

argumentar ampliamente para tratar de convencer a sus compañeros de tribunal, si no lo logran, sus razones quedan reflejadas en sus respectivos votos de mayoría y de minoría.

Para ambos su solución es justa, además de legal naturalmente, pero dado que no todos los seres humanos tienen exactamente la misma visión de los valores, se puede comprender que los integrantes del voto de mayoría aprecian determinados ángulos de un cierto valor, y cómo el o los integrantes del voto de minoría perciben otros ángulos distintos del mismo valor.⁴⁶

Así, ello clarifica cómo quienes sostienen soluciones discrepantes y hasta antagónicas, pueden estar plenamente convencidos de que la suya es la mejor solución posible, la que incluso, siempre dentro de los límites del marco legal, estiman realiza el valor de lo justo.⁴⁷

Existen los casos límite, en los que ambas posturas discrepantes parecen razonables, son las que generan las contradicciones de tesis más difíciles de resolver, que incluso en ocasiones dan lugar a una solución terminal ecléctica o alternativa respecto de las dos antagónicas.

A tono con la conciencia de que el sistema jurídico mexicano es así, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, en su capítulo de *Objetividad*, en su regla 3.3., sugiere al juez lo siguiente:

Si es integrante de un órgano jurisdiccional colegiado, trata con respeto a sus pares, escucha con atención y apertura de entendimiento sus planteamientos y dialoga con razones y tolerancia.⁴⁸

⁴⁶ Jorge Higuera Corona, *La ética conforme a la doctrina de Max Scheler, y la prudencia como virtud cardinal en el ser del juzgador*. Serie Ética Judicial 4, (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005) 1-49. Sobre el tema de los valores en el ámbito judicial, cfr. *La ética conforme a la doctrina de Max Scheler, y la prudencia como virtud cardinal en el ser del juzgador*.

⁴⁷ Cfr. Jorge Higuera Corona, *La ética en la reflexión sobre la filosofía griega clásica de Xavier Zubiri, y la virtud cardinal de la justicia en el pensamiento del mundo occidental, con particular referencia al ámbito judicial*. Serie Ética Judicial 11, (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006) 1-80.

⁴⁸ *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, op. cit.*, 19.

Como se advierte, la clave para alcanzar la objetividad es el respeto a sus pares, al existir éste se está en condiciones de escuchar con atención y sobre todo con apertura de entendimiento sus planteamientos, si la intención es tratar de entender genuinamente al otro, sin ponerse a la defensiva como si las objeciones al proyecto fueran de índole personal o subjetiva, es factible avanzar para conseguir la solución lo más objetiva posible.

Es necesario tener claro que la apertura de entendimiento no significa que toda objeción al proyecto deba ser aceptada, sino únicamente que cada objeción se analice en su justa medida y que de ella se acepte lo que sea pertinente y se rechace lo que sea inadecuado para alcanzar esa meta.

Otro elemento fundamental es la tolerancia, esa disposición de ánimo para aceptar la crítica de los demás y que permite la apertura de entendimiento, que es la puerta de acceso que lleva a la comprensión del punto de vista ajeno, para lo que hay que utilizar con determinación la energía requerida para trabajar de verdad en la construcción de esa comprensión.

Lo anterior es así, en virtud de que entender al otro no es una simple posición pasiva, como si uno fuera un simple receptor de mensajes sin procesar, sino que se trata de una función activa que permite poner toda la atención posible en lo que el otro dice, para en seguida descifrar y procesar su exposición y, así, estar en condiciones de llegar a una conclusión muy bien pensada de aceptación total o parcial o de rechazo, en relación con la objeción en cuestión.

IV. CONCLUSIÓN

Dworkin, cuando creó su personaje Hércules, supuso que era un juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos⁴⁹, es decir, en un sistema jurídico muy distinto al mexicano, desconozco si en aquella realidad en verdad pudiera ser viable la teoría constitu-

⁴⁹ Ver nota 6.

cional elaborada por el juez Hércules, para sin lugar a dudas llegar a alcanzar en los casos difíciles la respuesta correcta.

Pero de lo que sí estoy convencido es que en la realidad del sistema jurídico mexicano sería inviable tal pretensión.

Me resulta muy significativo que el ministro Felipe Tena Ramírez, en el año de 1953, haya afirmado la inexistencia de un juez infalible, 22 años antes de que Ronald Dworkin inventara (en 1975) a su personaje el juez Hércules, pretendidamente infalible.

En aquel lejano año de 1953, en el mes de mayo, se publicó en la Sección Doctrinal del Boletín de Información Judicial, la conferencia que dictó en la Escuela Libre de Derecho, y que afortunadamente 53 años después (2006) se incluyó en la Serie Ética Judicial.⁵⁰

En esa espléndida obra el ministro Tena Ramírez, después de describir magistralmente las virtudes y los defectos del juez mexicano, hacia el final de su conferencia, precisó que lo que quiso presentar ante el público asistente, es al juez mexicano con sus virtudes y defectos, en su actuación en un medio típicamente nuestro.

Y como si fuera una premonición en contra de la futura teoría de Ronald Dworkin, expresó lo siguiente:

Muy lejos de crear un juez infalible, y por ello utópico, anuncie desde un principio que el único juez que merece nuestro estudio es el juez que se equivoca, el que incurre en errores y en injusticias, porque es el único juez que conocemos en este mundo.⁵¹

Aclaró que, si emprendió su estudio, fue para descubrir las reglas que, al juez honrado, le permiten sacar ilesas su moralidad y su reputación, no obstante, los errores y las injusticias que inevitablemente comete.

De manera literal usó la frase de que acaso “*lo quimérico*” sea suponer que tal cúmulo de virtudes pueda darse en una sola persona,

⁵⁰ Felipe Tena Ramírez, *La Ética del Juez*: Serie Ética Judicial 9, (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006) 1-29.

⁵¹ *Ibidem*, 28.

reconoció que en su conferencia invocó cualidades dispersas en muchos, pero sin que conociera al titular único de todas ellas.

Sin embargo, aun cuando “*no exista el juez que sería suma de jueces*”, estaba convencido de que no era inútil pensar durante unos momentos en las cualidades a que debe aspirar el juez que está consciente de su dignidad y de su destino: “*Es como la estrella hacia la que levantamos la vista, no para alcanzarla, sino para que nos guíe.*”⁵²

Me identifico plenamente con los conceptos expresados por el ministro Tena Ramírez, tal vez por ello desde que escuché —sin haber leído entonces nada de Ronald Dworkin— por primera vez la referencia al juez Hércules, no me produjo empatía un personaje así inventado.

Ahora que ya tuve oportunidad de leer varios textos de R.D., he logrado entender su preocupación de seguridad jurídica para que los ciudadanos que tienen un problema jurídico, sepan que siempre habrá una solución o respuesta correcta que dirima su conflicto legal.

Sin embargo, durante el desarrollo de su teoría el propio Dworkin describe varios pasajes en los que indica que si Hércules optara por tal o cual camino incurriría en un error, por lo que le va dando los elementos que a su consideración serían los que conformarían la teoría constitucional del juez Hércules.

El problema que yo advierto en ese esfuerzo teórico es que los jueces para que pudieran resolver todos los casos difíciles con la respuesta correcta, tendrían que ser no sólo semidioses como Hércules —hijo de Zeus y de Alcmena, madre mortal—, sino verdaderos dioses infalibles, cualidad o atributo inalcanzable para los simples mortales, como somos todos los seres humanos, entre ellos los jueces que por más inteligentes, estudiosos, dedicados y virtuosos argumentadores que sean, siempre se toparán con otro juez con esas mismas características que podrá sustentar una solución distinta a la suya, sin que pueda afirmarse válidamente que alguno de ellos es el dueño de la verdad del caso concreto.

⁵² *Ídem.*

Ello no quiere decir que no existan muchísimos casos en los que, al no existir discrepancia, en principio, se puede tener una respuesta correcta, salvo que a futuro se produzca una contradicción de criterios, o se interrumpa la jurisprudencia aplicable, variables que no se pueden predecir hasta que suceden.

De cualquier manera, al haber profundizado en el tema, llego a la conclusión de que la teoría del juez Hércules y la tesis de la respuesta correcta, —no sólo en los casos difíciles sino en los demás también—, no son aplicables en el sistema jurídico mexicano, que se rige por la teoría constitucional y legal de que la regla general es que los problemas jurídicos esencialmente iguales pueden ser resueltos de manera distinta por los jueces a quienes compete su conocimiento, cuyo remedio son las contradicciones de criterios que, una vez resueltas, determinan cuál es el criterio que debe prevalecer. E incluso así, éstas pueden ser interrumpidas, como se documentó en el apartado III del presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. 2ª ed. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2015.
- Dworkin, Ronald. "Hard Cases", Harvard Law Review 88, núm. 6, abril (1975).
- Dworkin, Ronald. *Justicia para erizos*. Traducido por Horacio Pons. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducido por Marta Guastavino. México: Ariel, 2002.
- Dworkin, Ronald. "No Right Answer?" En *Law, Morality and Society: Essays in Honor of H.L.A. Hart*, editado por PMS Hacker y J Raz. Oxford: Clarendon Press, 1977.
- Dworkin, Ronald. "The Model of Rules". *University of Chicago Law Review* 35, 1 (1967).
- Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*. 3ª ed. Traducido por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- Hart, H.L.A. *Post scriptum al concepto de derecho*. Traducido por Rolando Tamayo y Salmorán. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

- Higuera Corona, Jorge. *La ética conforme a la doctrina de Max Scheler, y la prudencia como virtud cardinal en el ser del juzgador*. Serie Ética Judicial 4. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.
- Higuera Corona, Jorge. *La ética en la reflexión sobre la filosofía griega clásica de Xavier Zubiri, y la virtud cardinal de la justicia en el pensamiento del mundo occidental, con particular referencia al ámbito judicial*. Serie Ética Judicial 11. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- Higuera Corona, Jorge. “*Objetividad y conciencia moral: un enfoque desde la perspectiva filosófica, referido al ámbito de la judicatura federal*”. Revista del Instituto de la Judicatura Federal núm. 21 (2006)..
- Tena Ramírez, Felipe. *La Ética del Juez*. Serie Ética Judicial 9. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Traducido por Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2019.
- Zagrebelsky, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: il Mulino, 2008..
- Poder Judicial de la Federación. *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*. México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la SCJN, 2004.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Amparo vigente y abrogada.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.