

EX LEGIBUS

Nueva Época, Número 19, Octubre 2023

La revista de Derecho EX LEGIBUS de la Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado de México, es una publicación semestral de carácter científico que aborda temas vinculados al Derecho judicial y otras materias jurídicas; su propósito es fomentar el análisis, debate y reflexión sobre dichos temas, procurando su conexión con la función jurisdiccional. Sus contenidos están dirigidos a los operadores de justicia, investigadores, docentes, abogados y estudiantes de la ciencia jurídica en todos sus niveles.

Editor: Juan Carlos Abreu y Abreu
Director del Centro de Investigaciones Judiciales

Editora ejecutiva: María Fernanda Chávez Vilchis

Equipo editorial: Jessica Flores Hernández
Orlando Aramis Aragón Sánchez

Diseño de la portada: Miguel de la Cruz Ramos

EX LEGIBUS, Año 12, Número 19, Octubre 2023, es una publicación semestral editada por el Poder Judicial del Estado de México, calle Independencia Oriente No. 616 Colonia Santa Clara, Toluca, C.P. 50090, Tel. (722) 167-9200, <https://www.pjedomex.gob.mx>, micrositio de la revista: <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/index>, correo electrónico: legibus@pjedomex.gob.mx. Editor responsable: Juan Carlos Abreu y Abreu. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2017- 112310580800-102; ISSN para versión impresa: 2594-2018; ISSN para la versión electrónica: 2954-4807; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este Número: Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México, Lic. María Fernanda Chávez Vilchis, calle Josefa Ortiz de Domínguez No. 306, Col. Sta. Clara, 50060, Toluca de Lerdo, México, Tel. (722) 167-9200 ext. 16822, 16804, 16821. Fecha de última modificación: 03 de octubre de 2023. Certificado de Licitud de Título y Contenido No. 17058, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Ni la totalidad ni parte de EX LEGIBUS se podrá utilizar, reproducir ni transmitir, en forma alguna y por ningún medio, incluidas la fotocopia, la grabación o la utilización de cualquier sistema de almacenamiento y recuperación de información, a menos que se cuente con la autorización escrita de los autores y la entidad editora a través de su editor responsable.

**CONSEJO DE LA JUDICATURA
DEL ESTADO DE MÉXICO**

MAGISTRADO DR. RICARDO ALFREDO SODI CUELLAR
PRESIDENTE

MAGISTRADO DR. EN D. J. RAÚL AARÓN ROMERO ORTEGA
Consejero

MAGISTRADO DR. EN D. ENRIQUE VÍCTOR MANUEL VEGA GÓMEZ
Consejero

JUEZA DRA. EN D. C. ASTRID LORENA AVILEZ VILLENA
Consejera

JUEZA M. EN D. P. P. EDNA EDITH ESCALANTE RAMÍREZ
Consejera

M. EN D. A. CRISTEL YUNUEN POZAS SERRANO
Consejera

M. EN D. PABLO ESPINOSA MÁRQUEZ
Consejero

JUNTA GENERAL ACADÉMICA

DR. RICARDO ALFREDO SODI CUELLAR

Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de México

DR. CÉSAR CAMACHO QUIROZ

Profesor-Investigador de tiempo completo
de El Colegio Mexiquense

DR. JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y Miembro de El Colegio Nacional

DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM

DR. JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

DR. GERARDO FELIPE LAVEAGA RENDÓN

Profesor del ITAM y Coordinador de la Comisión de Ciencia, Cultura
y Derecho de la Barra Mexicana Colegio de Abogados

DR. DIEGO VALADÉS RÍOS

Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM

ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

DR. JAIME LÓPEZ REYES
Director General

DRA. MARÍA DE LA LUZ RUIZ BELTRÁN
Coordinadora de Enlace Académico

DR. JUAN CARLOS ABREU Y ABREU
Director del Centro de Investigaciones Judiciales

CONSEJO EDITORIAL

DR. RODRIGO BRITO MELGAREJO
Universidad Nacional Autónoma de México

DR. JOSÉ ANTONIO ESTRADA MARÚN
Academia Interamericana de Derechos Humanos

DR. RAFAEL ESTRADA MICHEL
Poder Judicial del Estado de México

DRA. FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ
Tecnológico de Monterrey (campus Ciudad de México)

DR. JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ
Escuela Judicial Electoral
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

DR. JUAN CARLOS ABREU Y ABREU
Editor responsable

LIC. MARÍA FERNANDA CHÁVEZ VILCHIS
Editora Ejecutiva

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

JORGE A. CERDIO HERRÁN

Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

LUIS LÓPEZ GUERRA

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

MARTA LORENTE SARIÑENA

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

VÍCTOR MORENO CATENA

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

ANGELIKA NUSSBERGER

Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

LUCIANO PAREJO ALFONSO

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

CONSUELO RAMÓN CHORNET

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

TOMÁS SALA FRANCO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

IGNACIO SANCHO GARGALLO

Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

ELISA SPECKMANN GUERRA

Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

RUTH ZIMMERLING

Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

EX LEGIBUS

Nueva Época, Número 19, Octubre 2023

tirant lo blanch

Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web tirant.com/mx.

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

© Varios autores

© **Poder Judicial del Estado de México**

Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial

Calle Josefa Ortiz de Domínguez, No. 306, Col. Santa Clara

C.P. 50090 Toluca, Estado de México

Tel. (722) 167 9200, Extensiones: 16821, 16822, 16804.

Página web: <http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/>

Dirección electrónica: legibus@pjedomex.gob.mx

Editor responsable: Dr. Juan Carlos Abreu y Abreu *Dtor. del Centro de Investigaciones Judiciales.*

Editora ejecutiva: María Fernanda Chávez Vilchis

Equipo editorial: Orlando Aramis Aragón Sánchez y Jessica Flores Hernández

Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título No. 04-2017-112310580800-102, ISSN impreso: 2594-2018; ISSN electrónico: 2954-4807; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título y Contenido No. 17058 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

© **TIRANT LO BLANCH**

DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO

Av. Tamaulipas 150, Oficina 502

Hipódromo, Cuauhtémoc,

CP 06100, Ciudad de México

Tel: +52 1 55 65502317

infomex@tirant.com

www.tirant.com/mex/

www.tirant.es

MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

Índice

PRESENTACIÓN	13
RICARDO SODI CUELLAR	

DOCTRINA

INTÉRPRETES Y TRADUCTORES ESENCIALES PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA: SU FALTA VULNERA VALORES AXIOLÓGICOS	17
ERICA YAHAIRA LEIJA MACÍAS	

ESTUDIOS

GARANTISMO CIVIL	39
PERLA PALACIOS NAVARRO	
LOS ESTUDIOS DEL PODER JUDICIAL Y LAS CORTES SUPREMAS EN AMÉRICA LATINA	63
JOSAFAT CORTEZ SALINAS	
LA IMPORTANCIA DE LA ESTRATEGIA DE LA DEFENSA, EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO	85
OSVALDO VILLEGAS CORNEJO	
LA VALORACIÓN PROBATORIA COMO UNA HERRAMIENTA ARGUMENTATIVA E INTERPRETATIVA EN MATERIA DE ANTICORRUPCIÓN	101
BRENDA CASTILLO MUÑOZ	
LA TRANSICIÓN A LA JURISPRUDENCIA TÉCNICA: EL ORIGEN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL	121
FRANCISCO RUBÉN QUIÑÓNEZ HUÍZAR	
LA TESIS DE RONALD DWORKIN SOBRE LA RESPUESTA CORRECTA EN LOS CASOS DIFÍCILES ¿ES VIABLE EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO?	159
JORGE HIGUERA CORONA	

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

PERCEPCIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN LA MATERIA PENAL	197
MIGUEL ÁNGEL LEGORRETA BRAVO	

RESEÑAS

Rodríguez Castro, Yuriria, <i>El terrorismo transnacional y del narcotráfico mensaje terrorista, violencia y derecho penal. Aproximaciones a un modelo preventivo</i> , España, Bosch editor, 2022	205
VICO GOLDBERG	
Abreu y Abreu, Juan Carlos, <i>Una justicia transicional para México. Experiencias y realidades</i> , México, FGR-INACIPE, 2021	209
MANUEL DE J. JIMÉNEZ MORENO	
Arellano Walter M., E. Oscar Torres, <i>Cuentos sin corbata</i> , México, Libitum, 2021.	215
JUAN CARLOS ABREU Y ABREU	
Douglas Price, Jorge Eduardo, <i>La decisión judicial</i> , Rubinzal- Culzoni Editores, 2012	221
ÁNGELES SOFIA ESQUER PORTILLO	

POLÍTICA E INSTRUCCIONES

POLÍTICA EDITORIAL	231
INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES	235

PRESENTACIÓN

En esta edición de la revista *Ex Legibus*, nos embarcamos en un viaje intelectual a través de las dimensiones multidisciplinarias del derecho. Iremos desde los pilares del derecho indígena hasta los intrincados laberintos del garantismo civil, desde el análisis del Poder Judicial y las Cortes Supremas en América Latina hasta la importancia de la estrategia de la defensa en el proceso penal acusatorio. Cada artículo consituye una ventana a la comprensión más profunda de cuestiones jurídicas fundamentales que conforman el tejido de nuestra sociedad.

En un mundo que se encuentra en constante transformación, la necesidad de explorar y debatir temas legales se vuelve más urgente que nunca. En estas páginas, presentamos una variedad de perspectivas y enfoques, desde las necesidades y visión de los pueblos indígenas, hasta los complejos entresijos de la justicia contemporánea. Este número de *Ex Legibus* nos recuerda que el derecho es un campo dinámico, en el cual, la reflexión crítica y la adaptación constante, son esenciales.

Cada uno de los artículos de *Ex Legibus* 19 constituye una pieza fundamental en el rompecabezas del derecho, y este número de la revista es un tributo a la complejidad y diversidad de esta disciplina.

Además de artículos, en esta edición se reúne una variada selección de contenido que refleja la amplitud y profundidad de los temas legales y jurídicos que nos conciernen en la actualidad. Desde un análisis jurisprudencial, hasta reseñas de libros que arrojan luz sobre cuestiones cruciales.

Cada reseña es una oportunidad para explorar nuevas perspectivas, aprender de otras voces y enriquecer nuestra comprensión del derecho en su contexto más amplio.

Espero que esta edición sea un faro de conocimiento y una fuente de inspiración para estudiantes, profesionales, servidores públicos y todos aquellos interesados en el derecho en sus múltiples facetas. La exploración y el análisis de estos temas son esenciales para la evolución constante de la justicia y la equidad en nuestra sociedad.

Bienvenidos a un viaje intelectual a través del mundo del derecho, donde la sabiduría del pasado y la innovación del presente se unen para iluminar el camino hacia un futuro más justo y equitativo.

Mi agradecimiento a cada uno de los colaboradores de este número.

Dr. Ricardo Sodi Cuellar

*Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura*



DOCTRINA

INTÉRPRETES Y TRADUCTORES ESENCIALES PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA: SU FALTA VULNERA VALORES AXIOLÓGICOS

*INTERPRETERS AND TRANSLATORS ESSENTIAL FOR
INDIGENOUS PEOPLES IN ACCESS TO JUSTICE: THEIR
LACK VIOLATES AXIOLOGICAL VALUES*

Erica Yahaira Leija Macías*

RESUMEN: Existe una gran diversidad de pueblos y comunidades indígenas en México, los cuales enfrentan diversas problemáticas día con día. Entre ellas, la imposibilidad de tener un adecuado acceso a la justicia; la presente investigación tiene el propósito de concientizar sobre la necesidad de crear estrategias claras, que garanticen a los pueblos y comunidades indígenas la asistencia de intérpretes y traductores cuando así lo requieran, y con ello evitar que se vulneren valores axiológicos como la dignidad y la justicia.

PALABRAS CLAVE: Pueblos y comunidades indígenas, derechos humanos, justicia, dignidad.

ABSTRACT: *There is a great diversity of indigenous peoples and communities in Mexico, which face various problems day by day. Among them, the impossibility of having adequate access to justice; The purpose of this research is to raise awareness of the need to create clear strategies that guarantee indigenous peoples and communities the assistance of interpreters and translators when*

* Doctora en Derecho, egresada de la Universidad Tecnológica Latinoamericana, abogada independiente.

they require it, and thereby avoid violating axiological values such as dignity and justice.

KEYWORDS: *Indigenous peoples and communities, human rights, justice, dignity.*

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2023.

Fecha de aceptación: 17 de agosto de 2023.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN MÉXICO. III. REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN MATERIA INDÍGENA. IV. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN MÉXICO. V. INTÉRPRETES Y TRADUCTORES ESENCIALES PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA. VI. VIOLACIÓN DE VALORES AXIOLÓGICOS. VII. REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

México es un país donde existe una gran cantidad de comunidades y pueblos indígenas que se identifican por su lengua, cultura, creencias propias, sistemas sociales, económicos y políticos propios, y que mantienen un vínculo especial con su entorno. Estas características que identifican a cada uno de los integrantes de cada pueblo y comunidad indígena son también las que originan discriminación y marginación, lo que violenta derechos humanos y va en contra de valores axiológicos.

Actualmente, las comunidades y pueblos indígenas enfrentan diversas problemáticas, entre las cuales se encuentra la imposibilidad de tener un adecuado acceso a la justicia; cuando no cuentan con la asistencia de intérpretes y traductores de lenguas indígenas.

El siguiente documento está basado en la utilización de varios métodos de investigación: el método cualitativo, deductivo, y dogmático, con el objetivo principal de poder concientizar sobre la necesidad de crear estrategias claras, que garanticen a los pueblos y comunidades indígenas la asistencia de intérpretes y traductores cuando así lo re-

quieran, y con ello evitar que se vulneren valores axiológicos como la dignidad y la justicia.

II. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN MÉXICO

En nuestro país, los pueblos y comunidades indígenas están distribuidos en todo el territorio nacional, los cuales “constituyen un conjunto social pluriétnico y multicultural, son portadores de identidades, culturas y cosmovisiones que se han desarrollado históricamente.” Se caracterizan principalmente por poseer tradiciones culturales distintas al Estado moderno; y es a partir de la reforma al artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2001, donde se reconoce su existencia “en un plano de igualdad entre las distintas culturas que conviven en México.”¹ El autor Augusto Ramírez Velázquez, señala que:

...una comunidad indígena es aquella que concentra un legado cultural, ocupa un lugar en todo el país; se identifica respecto del resto de la población porque habla un idioma distinto a la lengua oficial; y que además tiene usos y costumbres distintas; y cuya organización política, social y cultural y económica se diferencia de los otros sectores sociales, porque se sostienen en sus costumbres.²

Debido a estas características o circunstancias políticas, sociales, culturales, económicas, que identifican a un pueblo o comunidad indígena, son más vulnerables a que se violen valores axiológicos, como la dignidad y la justicia. Una notable diferencia, es lo relativo a las lenguas indígenas, señalado en el comunicado de prensa del 8 de agosto del 2022 del INEGI:

¹ Comisión Nacional de Derechos Humanos, “Análisis situacional de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas”, CNDH México, 2022, consultado el 29 de marzo, 2023, <<https://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=40067>>.

² Cesar Augusto Ramírez Velázquez, “Las comunidades indígenas como usuarios de la información”, *Investigación bibliotecológica* 21, núm. 43, julio/diciembre (2007): 211, consultado el 01 de abril, 2023, <www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-358X2007000200009>.

En el Censo de Población y Vivienda 2020 se identificó que en México había 7 364 645 personas de tres años y más hablantes de alguna lengua indígena, lo que equivale a 6.1 % de la población total de ese rango de edad. De esta, 51.4 % (3 783 447) eran mujeres y 48.6 % (3 581 198), hombres. De las 7.4 millones de personas de tres años y más hablantes de la alguna lengua indígena, 6.4 millones (87.2 %) también hablaban español y 866 mil (11.8 %), no.³

En este contexto, es evidente que existe una gran cantidad de personas hablantes de una lengua indígena, pero también es cierto, que un porcentaje menor habla español; lo cual trae consigo la necesidad de alfabetizar en las lenguas indígenas a mayor número de intérpretes y traductores, con la finalidad que se garantice el respeto de valores axiológicos, tal es el caso de la dignidad y la justicia.

III. REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN MATERIA INDÍGENA

La necesidad de eliminar prácticas de discriminación y violencia hacia los pueblos y comunidades indígenas que posibilitara su reconocimiento y respeto a los derechos humanos, impulsó que el 14 de agosto de 2001, se reformara el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el propósito principal fue establecer un marco general para su desarrollo, basado en su reconocimiento y garantizando el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y autonomía. “También se reconoció el derecho que tenemos a ser asistidos en todo tiempo, por intérpretes y defensores que conozcan nuestra lengua y cultura para garantizar el acceso a la justicia”.⁴

³ Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, “Estadísticas a propósito del Día internacional de los Pueblos Indígenas”, INEGI, 8 de agosto, 2022, consultado el 4 de marzo, 2023, <www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_PueblosInd22.pdf>.

⁴ Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, “Reforma a la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia Indígena”, Gobierno de México,

Esta reforma garantiza el derecho que tienen todas las personas que hablan una lengua indígena y que no entienden el español, a ser asistidas en todo momento por intérpretes y traductores, cuando sean parte en un proceso judicial o requieran presentar una denuncia ante las autoridades jurisdiccionales, y con ello, asegurar el adecuado acceso a la justicia. Si bien, es un avance que busca proteger a grupos vulnerables, entre los que se encuentran los pueblos y comunidades indígenas, falta mucho por hacer, de acuerdo con lo señalado por el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, las comunidades y pueblos indígenas sufren de: “Discriminación; vejaciones y abusos en los procedimientos de impartición de justicia; **falta de intérpretes y defensores que hablen la lengua y conozcan la cultura indígena**, para tener una adecuada defensa en juicio; falta de denuncias legales sobre delitos cometidos contra indígenas”; este escenario confirma la necesidad de seguir trabajando con la creación de políticas públicas, que eviten la violación de derechos humanos que van en contra de valores axiológicos, como la dignidad y la justicia.⁵

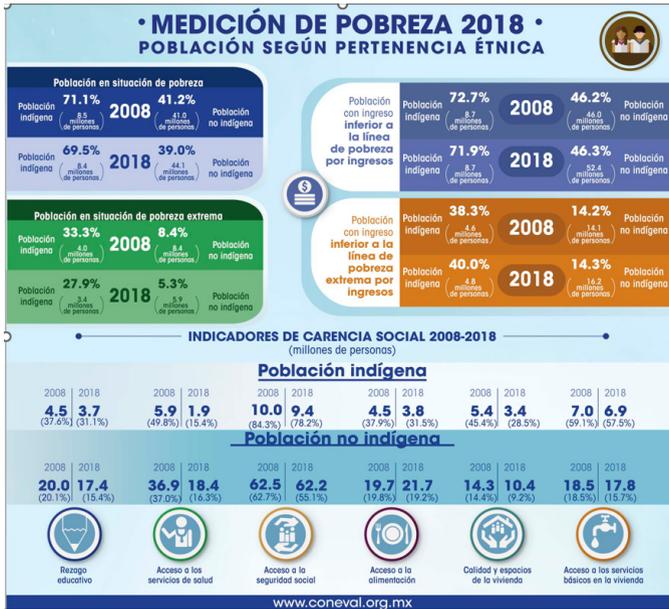
IV. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN MÉXICO

Los pueblos y las comunidades indígenas en México enfrentan diversas problemáticas: pobreza, discriminación, falta de vivienda digna, rezago educativo, inequidad en el acceso a los servicios públicos de salud y el acceso a la justicia de acuerdo con la Medición de Pobreza 2008-2018, realizada por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política y Desarrollo Social (CONEVAL).⁶

2001, consultado el 4 de abril, 2023, <https://site.inali.gob.mx/Micrositios/reforma_constitucional/>.

⁵ Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, “Padrón Nacional de Intérpretes y Traductores en Lenguas Indígenas”, INALI, 2023, consultado el 6 de abril, 2023, <http://panitli.inali.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=1:queespanitli>.

⁶ Consejo Nacional de Evaluación de la Política y Desarrollo Social, “Pobreza en la población indígena”, CONEVAL, 2023, consultado el 11 de abril, 2023, <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza_Indigena.aspx>.



Esta situación se profundiza en aquellas personas que no hablan español y solo hablan una lengua indígena; la imposibilidad de poder comunicarse genera la violación de derechos fundamentales, aun cuando el Estado está obligado a garantizar el derecho a ser asistidos por intérpretes y traductores que posibiliten el cumplimiento de los derechos de cada integrante de los pueblos y comunidades indígenas.

La dificultad de comunicarse imposibilita su acceso a servicios de salud, educación, alimentación, vivienda, servicios básicos, entre otros; situación que viola sus derechos humanos.

Adicionalmente, en la problemática que nos ocupa, este obstáculo en la comunicación dificulta e imposibilita que los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas reciban un adecuado acceso a la justicia, entendida conforme lo establece el artículo 17 constitucional, segundo párrafo, y el artículo 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —instrumento internacional reconocido y ratificado por México—; el Estado mexicano debe garantizar la asistencia de intérpretes y traductores para los integrantes

de los pueblos y comunidades indígenas, ya que estos son esenciales para el acceso a la justicia; y al no contar con ellos, se vulneran derechos humanos y valores axiológicos: la dignidad y la justicia.

Son muchos los casos que demuestran la vulnerabilidad de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, al no contar con la asistencia de intérpretes y traductores, y en consecuencia la imposibilidad de tener un adecuado acceso a la justicia, para ejemplificarlos a continuación la sinopsis de algunas sentencias emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Amparo Directo en Revisión 4393/2014

Una mujer indígena chinanteca fue víctima de fraude mediante engaño en afectación a su patrimonio; la contraparte fue sentenciada durante la primera etapa y promovió diversas actuaciones en las que argumentó que era indígena chinanteca y no contó con un intérprete durante el proceso.

La Primera Sala determinó que es un derecho humano de toda persona perteneciente a una comunidad indígena de ser asistido por un intérprete y defensor que tenga conocimiento de su cultura y lengua, así como la obligación del Estado mexicano de garantizar y velar porque en todos los juicios y procedimientos en que se parte un miembro indígena, efectivamente sean asistidos por intérpretes.

Amparo Directo 36/2012

Un miembro de la comunidad indígena etnia náhuatl, fue detenido y sentenciado por la comisión del delito robo calificado y a quien no se le nombró intérprete, factor que impidió entendiera los cargos formulados en su contra y que pudieran ejercer su derecho de defensa.

La Primera Sala consideró que las figuras tanto del intérprete y de defensor, son parte de derecho fundamental de la defensa adecuada de las personas indígenas, y encuentran sustento en el artículo 2 apartado A, fracción VIII de la Constitución federal. Todo ello partiendo de que los indígenas cuentan con el derecho a expresarse en su lengua materna y no en la obligación de hablar otra que les es ajena.

Amparo Directo en Revisión 4034/2013

Una mujer que se adscribió como indígena huasteca indicó que no contaba con instrucción escolar y de acuerdo a su declaración apenas podía escribir, se le dictó sentencia en su contra para la desocupación de un inmueble; días después solicitó la designación de un perito traductor argumentando que, debido a su condición indígena, no había sido debidamente tomada en cuenta.

La Primera Sala determinó que el derecho de las personas indígenas a ser asistidos por intérpretes y defensores que conozcan su lengua y cultura no pueda estar condicionado a limitación temporal ni a determinado nivel de español.⁷

Como se observa la figura de los intérpretes y traductores, son esenciales para el respeto del derecho humano a un adecuado acceso a la justicia, y en este sentido son fundamentales para el respeto de valores axiológicos como lo es la dignidad, dado que el integrante de un pueblo o comunidad indígena es “un ente que merece ser respetado y al que se le debe garantizar una serie de derechos que le permitan tener una existencia plena y compatible con su propia naturaleza”, de acuerdo con su definición, por lo que, en caso contrario su falta vulnera este valor.⁸

Ante este escenario, “México aún enfrenta muchas tareas por realizar para disminuir los procesos de discriminación y exclusión a la población indígena”, si bien, el Gobierno federal ha entregado certificados a través del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI), mediante procesos de certificación y profesionalización de

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sentencias relevantes en materia de Derechos Humanos: Personas, pueblos y comunidades indígenas*, (México: SCJN, 2023), consultado el 1 de agosto, 2023, <www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/buscadores-juridicos/sentencias-relevantes-en-materia-de-derechos-humanos/1299?field_tema_value=&field_sinopsis_value=Interpretes&field_numero_de_expediente_value=>.

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Dignidad humana, derecho a la vida y derecho a la integridad personal*, (México: SCJN, 2013) VII, consultado el 6 de agosto, 2023, <https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/CST_2014/000260741/000260741.pdf>.

intérpretes y traductores, sigue siendo insuficiente para la atención a los pueblos y comunidades indígenas.⁹

A este respecto, es necesario implementar estrategias que impidan vulnerar valores axiológicos; por ejemplo, la creación de áreas específicas y especializadas dentro de las instancias jurisdiccionales, que permitan la asistencia oportuna de un intérprete o traductor en todo momento, además, de que sea el área encargada de la creación de programas de sensibilización y capacitación continua de los servidores públicos encargados de garantizar un adecuado acceso a la justicia.

V. INTÉRPRETES Y TRADUCTORES ESENCIALES PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

Los intérpretes y traductores son un medio de comunicación, capaces de transmitir información a partir de un mensaje emitido en un lenguaje diferente, con el propósito de comunicarlo y asegurar el entendimiento de este. En el caso de los intérpretes y traductores de los integrantes de pueblos o comunidades indígenas, hacen posible la comunicación entre una persona, comunidad o pueblo indígena y algún órgano del Estado. En este sentido, los intérpretes y traductores de lenguas indígenas son esenciales para garantizar el acceso a la justicia en el país, es un derecho que tienen los integrantes de las comunidades y pueblos indígenas, reconocido en nuestra carta magna, en la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, y en aquellos instrumentos internacionales que velan por los derechos humanos de la población o comunidad indígena, entre ellos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración de las Naciones

⁹ Secretaría de Cultura, “El INALI entregó certificados a intérpretes en lenguas indígenas para los ámbitos de procuración y administración de justicia”, Gobierno de México, 19 de octubre, 2021, consultado el 19 de abril, 2023, <www.gob.mx/cultura/prensa/el-inali-entrego-certificados-a-interpretres-en-lenguas-indigenas-para-los-ambitos-de-procuracion-y-administracion-de-justicia>.

Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración sobre los derechos de la personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, entre otros; todos reconocen la obligación que tienen los Estados de garantizar la protección a todas aquellas personas que no hablan, ni entienden el lenguaje utilizado en las instancias jurisdiccionales.

El derecho a contar con un intérprete, en cualquier procedimiento que participe una persona o comunidad indígena, es elemental para garantizar además de la interpretación o traducción técnico-lingüística, una comunicación intercultural. Más allá de una garantía procesal, esta situación debe observarse como el respeto irrestricto a un derecho humano: la lengua indígena debe usarse en espacios públicos, como lo mandata el artículo 13 de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos indígenas.¹⁰

La importancia de que el Estado mexicano garantice en todo momento la asistencia de un intérprete o traductor de lenguas indígenas, evita se vulneren la dignidad y la justicia, condición *sine qua non* para el respeto de los demás derechos humanos fundamentales de los integrantes de pueblos o comunidades indígenas.

De acuerdo con la Secretaría de Cultura, el INALI hasta el año 2021, “México cuenta con dos mil 95 intérpretes y traductores certificados en 37 lenguas indígenas y 132 variantes lingüísticas”, esto para todo el país que tiene una gran diversidad cultural y lingüística. Lo que refleja este dato, es la necesidad urgente de alfabetizar a más personas para poder ampliar el padrón con un mayor número de intérpretes y traductores. Ante esta situación, la celebración de convenios de colaboración entre el sector público y privado, con el propósito de sensibilizar, concientizar, y capacitar con programas sectorizados, podría generar un mayor número de certificaciones de intérpretes y traductores de lenguas indígenas, aumentando así su

¹⁰ Tomás López Sarabia, *Los intérpretes de lenguas indígenas: Una forma de garantizar los derechos lingüísticos y el debido proceso*, (México: Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, 2015) 56, consultado el 19 de abril, 2023, <<https://ej.triunaloaxaca.gob.mx/Contenido/Paginas?layout=2&id=7>>.

padrón, con lo que se garantice la asistencia a los integrantes de las comunidades o pueblos indígenas.¹¹

VI. VIOLACIÓN DE VALORES AXIOLÓGICOS

Es indispensable reflexionar sobre los valores axiológicos que se encuentran violentados, cuando algún integrante de las comunidades o pueblos indígenas requiere de la asistencia de intérpretes y traductores, y estos no son garantizados por el Estado, aun cuando son esenciales para el adecuado acceso a la justicia. En este sentido, es necesario señalar que la axiología es una rama de la filosofía que se encarga del análisis crítico de los diferentes valores jurídicos, de acuerdo con el autor Arturo Sánchez Hernández, “Axiología: Del griego *axia*: (valor) y *logos*: (estudio, tratado). Como ciencia es la parte de la filosofía que estudia el origen, desarrollo y naturaleza y funciones de los valores.”¹²

En el caso particular de análisis con base al objetivismo axiológico, “los valores no son ni reacciones subjetivas ante los objetos ni formas apriorísticas de la razón. Son objetos ideales, objetivos, en virtud que ‘valen’ independientemente de las cosas y de la valoración objetiva de las personas”.¹³

En este sentido, nos encontramos con valores axiológicos de los derechos humanos, la justicia, dignidad, la igualdad, la libertad, la

¹¹ Secretaría de Cultura, “Garantizar los derechos lingüísticos y culturales de los indígenas, uno de los retos más importantes en el país: INALI”, Gobierno de México, 13 de octubre, 2023, consultado el 19 de abril, 2023, <www.gob.mx/cultura/prensa/garantizar-los-derechos-linguisticos-y-culturales-de-los-indigenas-uno-de-los-retos-mas-importantes-en-el-pais-inali?idiom=es-MX>.

¹² Arturo Sánchez Hernández, “Glosario de Axiología General”, *Revista Humanidades Médicas* 1, núm. 3, octubre/diciembre (2001), consultado el 21 de abril, 2023, <<http://scielo.sld.cu/pdf/hmc/v1n3/hmc060301.pdf>>.

¹³ Cristina Seijo, “Los valores desde las principales teorías axiológicas: Cualidades apriorísticas e independientes de las cosas y los actos humanos”, *Economía* 34, núm. 28, julio/diciembre (2009): 149, consultado el 24 de abril, 2023, <<https://biblat.unam.mx/hevila/EconomiaMerida/2009/vol34/no28/6.pdf>>.

seguridad, por mencionar algunos, sin embargo, nos enfocaremos en el valor de la dignidad y la justicia. Según Otero y Puy:

La fundamentación axiológica de los derechos humanos justifica la existencia y necesidad de respeto de los mismos en la realidad de unos valores que se dan en las personas, que se suponen de tanta trascendencia que transfunden la existencia del ser humano, y que por lo mismo deben ser especialmente protegidos.¹⁴

Lo cual indica la obligación de protección amplia de los valores intrínsecos del ser humano, y en este caso de análisis, los de cada uno de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas. El respeto al valor axiológico de la dignidad es un valor intrínseco, un derecho irrenunciable e inherente al ser humano, es una condición especial de cada ser humano por el solo hecho de serlo. “El vocablo dignidad proviene del latín, *dignitas*, cuya raíz es *dignus*, que alude a la idea de excelencia, grandeza. En griego, corresponde a *axios*, que significa digno, valioso, apreciado, precioso, merecedor”.¹⁵

La dignidad es el valor que tiene cada individuo, de ser respetado y valorado en lo individual y social por el simple hecho de ser persona.

La dignidad es intrínseca a la persona humana en razón de lo que es específico de su naturaleza: su ser espiritual. Esta dignidad es más que moral, más que ética, más que psicológica: es constitutiva del ser humano y su naturaleza es ontológica. No se la puede dar él a sí mismo ni podemos hacerla depender de su vida moral, tampoco

¹⁴ Puy Otero Parga y Francisco Muñoz Puy, “¿Qué significa fundamentar los derechos en valores?”, en *Fundamentos Axiológicos de los derechos humanos: Órganos constitucionales y supranacionales*, (coord.) María José Bernal Ballesteros e Isaac de Paz González (México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2016) 42, consultado el 25 de abril, 2023, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4809/4.pdf>>.

¹⁵ Rosa María Díaz López de Falco y Aída Figueroa Bello, coord., “El derecho a la salud en México: Concepto, Fundamento y Actualidad”, en *El ombudsman de la salud en México* (México: Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2020) 4, consultado el 28 de abril, 2023, <<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/59548/el-ombudsman-de-la-salud-en-mexico-segunda-edicion.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>.

se la puede dar el Estado —como sucedía en Roma— o la sociedad, aunque a ellos corresponda reconocerla y vigilar que no haya violaciones.¹⁶

El respeto a la dignidad e igualdad de valor de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas solo se garantiza cuando existe el reconocimiento y protección de sus derechos, como lo es la asistencia de intérpretes y traductores de lenguas indígenas, cuando así lo requieran, establecido en la carta magna; de acuerdo también con el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. -El artículo 1° de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna de las razones étnicas de nacionalidad, raza, sexo, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay un dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose en un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues

¹⁶ Juan de Dios Vial Correa y Ángel Rodríguez Guerro, “La dignidad de la persona humana: Desde la fecundación hasta su muerte”, *Acta bioeth* 15, núm. 1 (2009): 56, consultado el 30 de abril, 2023, <<http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2009000100007>>.

sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.¹⁷

Es entonces la dignidad el valor supremo reconocido en la Constitución, que debe garantizarse por ser un derecho fundamental y base del reconocimiento de los demás derechos, por lo que, al vulnerar este valor con la falta de intérpretes y traductores en los pueblos y comunidades indígenas, prevalece la discriminación por razones étnicas, y por ende la violación de un adecuado acceso a la justicia.

Pero la dignidad no solo es un valor y principio constitucional, sino también es una dinamo de los derechos fundamentales; por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos.¹⁸

El Estado mexicano debe velar por el respeto a la dignidad de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, y con ello también garantizar el derecho humano y valor axiológico del acceso a la justicia.

La justicia es otro valor axiológico vulnerado al no garantizar la asistencia de intérpretes y traductores a los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas; “es la justicia”, considerada el valor más importante dentro de la axiología jurídica y uno de los valores fundamentales del ser humano, por lo que el Estado mexicano debe garantizar un verdadero acceso a la justicia. “La esencia de la justicia es la idea de bien y la repartición equitativa de las cosas”.¹⁹

¹⁷ Semanario Judicial de la Federación, Gaceta. Tesis P. LXV/2009, Novena Época, diciembre de 2009, Tomo XXX, 8, Registro digital: 165813, consultado el 5 de agosto, 2023.

¹⁸ Cesar Landa, “Dignidad de la persona humana”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 7, julio/diciembre (2002): 112, consultado el 4 de mayo, 2023, <www.redalyc.org/articulo.oa?id=88500704>.

¹⁹ Joel Flores Rentería, “Justicia y derechos humanos”, *Política y cultura* 35 (2011): 27, consultado 8 de mayo, 2023, <www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422011000100003>.

En este sentido, la justicia, valor fundamental del ser humano, es vulnerada a los integrantes de las comunidades y pueblos indígenas, al no contar con intérpretes y traductores que les permita conocer en su lengua nativa, cuáles son sus derechos, que obtengan asesoría legal y reciban una respuesta imparcial y justa, sin importar su condición y protegiendo en todo momento sus derechos, y con ello el adecuado acceso a la justicia.

Son múltiples las dificultades que deben enfrentar los pueblos y comunidades indígenas; estos grupos vulnerables requieren atención específica por parte del Estado mexicano, para evitar se violen derechos fundamentales, lo que va en contra de los valores axiológicos, como la dignidad y la justicia. Se necesita de manera urgente “se generen las condiciones necesarias para permitirle a las personas, pueblos y comunidades indígenas un verdadero acceso a la justicia, en términos de dignidad, igualdad y respeto a sus derechos fundamentales”.²⁰

El Gobierno mexicano tiene la obligación constitucional de generar mecanismos que reconozcan, garanticen, protejan la dignidad y los derechos humanos, contra situaciones que los violenten. “La efectividad del principio de acceso a la justicia es una de las condiciones para el perfeccionamiento de la democracia y del Estado de Derecho”.²¹

VII. REFLEXIÓN FINAL

Los pueblos y las comunidades indígenas son un reto que el Estado mexicano debe enfrentar, ya que son muchos desafíos que viven día con día, entre ellos la falta de intérpretes y traductores que les

²⁰ López, *Los intérpretes de lenguas indígenas: Una forma de garantizar los derechos lingüísticos y el debido proceso*, op. cit., 73.

²¹ Aresio Valiente López, “Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas”, en *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico: Manual de operadores de justicia*, (coord.) Juan Carlos Martínez, Cristian Steiner y Patricia Uribe Granados, (México: Prujula/Konrad Adenauer Stiftung, 2012) 68, consultado el 17 de mayo, 2023, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4499/15.pdf>>.

apoyen en el entendimiento de procesos para el acceso a la salud, educación, justicia, entre otros; es que de acuerdo con las cifras del INEGI existe un número importante de hablantes de lenguas indígenas, que por su propia condición quedan vulnerados al no contar con intérpretes y traductores.

En la sinopsis de las sentencias emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se observó un común denominador: “la falta de intérpretes y traductores para los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas”, y como resultado la vulneración de valores axiológicos. Los pueblos y comunidades indígenas merecen ser respetados, garantizándoles sus derechos; estos son solo algunos casos en los que se vulnera la dignidad y el adecuado acceso a la justicia de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, pero existen muchos más.

El respeto a la dignidad, valor supremo reconocido en la Constitución, derecho fundamental y base del reconocimiento de los demás derechos, debe ser uno de los objetivos prioritarios del Estado mexicano.

México debe crear mecanismos claros que garanticen el respeto a la dignidad de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, condición *sine qua non* para el respeto de sus demás derechos y para cumplir con su obligación constitucional a un adecuado acceso a la justicia.

La celebración de convenios de colaboración entre el sector público y privado, donde se elaboren programas de sensibilización, concientización, y capacitación sectorizada, podría generar mayor interés entre la comunidad, ocasionando así, la certificación de más intérpretes y traductores de lenguas indígenas y con ello garantizar su asistencia a las comunidades o pueblos indígenas. Así también, la creación de áreas específicas especializadas dentro de las instancias jurisdiccionales, con dos funciones principales: la asistencia oportuna de un intérprete o traductor en todo momento para los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas y la creación de programas de sensibilización y capacitación continua de los servidores

públicos encargados de garantizar el adecuado acceso a la justicia, basado en el respeto a la dignidad individual y colectiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Argés, Joaquín. “El acceso a la justicia concebido como Derecho Humano imperativo (ius cogens)”. *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho Y Justicia* 3, núm. 8 (2018): 73–92. Consultado el 8 de agosto, 2023. <doi.org/10.32870/dgedj.v0i8.145>.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. “Análisis situacional de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas”. CNDH México, 2022. Consultado el 29 de marzo, 2023. <https://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=40067>.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política y Desarrollo Social. “Pobreza en la población indígena”. CONEVAL, 2023. Consultado el 11 de abril, 2023. <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza_Indigena.aspx>.
- Díaz López de Falco, Rosa María y Aída Figueroa Bello, coord. “El derecho a la salud en México: Concepto, Fundamento y Actualidad”. En *El ombudsman de la salud en México*. México: Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2020. Consultado el 28 de abril, 2023, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/59548/el-ombudsman-de-la-salud-en-mexico-segunda-edicion.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.
- Flores Rentería, Joel. “Justicia y derechos humanos”, *Política y cultura* 35 (2011): 27-45. Consultado 8 de mayo, 2023. <www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422011000100003>.
- Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática. “Estadísticas a propósito del Día internacional de los Pueblos Indígenas”. INEGI, 8 de agosto, 2022. Consultado el 4 de marzo, 2023. <www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_PueblosInd22.pdf>
- Instituto Nacional de Lenguas Indígenas. “Reforma a la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia Indígena”. Gobierno de México, 2001. Consultado el 4 de abril, 2023. <https://site.inali.gob.mx/Micrositios/reforma_constitucional/>.

- Instituto Nacional de Lenguas Indígenas. “Padrón Nacional de Intérpretes y Traductores en Lenguas Indígenas”. INALI, 2023. Consultado el 6 de abril, 2023. <http://panitli.inali.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=1:queespanitli>.
- Landa, Cesar. “Dignidad de la persona humana”. *Cuestiones Constitucionales*, núm. 7, julio/diciembre (2002): 109-38. Consultado el 4 de mayo, 2023. <www.redalyc.org/articulo.oa?id=88500704>.
- López Sarabia, Tomás. *Los intérpretes de lenguas indígenas: Una forma de garantizar los derechos lingüísticos y el debido proceso*. México: Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, 2015. Consultado el 19 de abril, 2023. <<https://ej.tribunaloaxaca.gob.mx/Contenido/Paginas?layout=2&id=7>>.
- Otero Parga, Puy y Muñoz Puy, Francisco. “¿Qué significa fundamentar los derechos en valores?” En *Fundamentos Axiológicos de los derechos humanos: Órganos constitucionales y supranacionales*, coordinado por María José Bernal Ballesteros e Isaac de Paz González, 23-55. México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2016. Consultado el 25 de abril, 2023. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4809/4.pdf>>.
- Ramírez Velázquez, Cesar Augusto. “Las comunidades indígenas como usuarios de la información”. *Investigación bibliotecológica* 21, núm. 43, julio/diciembre (2007): 209-30. Consultado el 01 de abril, 2023. <www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-358X2007000200009>.
- Sánchez Hernández, Arturo. “Glosario de Axiología General”. *Revista Humanidades Médicas* 1, núm. 3, octubre/diciembre (2001). Consultado el 21 de abril, 2023. <<http://scielo.sld.cu/pdf/hmc/v1n3/hmc060301.pdf>>.
- Secretaría de Cultura. “El INALI entregó certificados a intérpretes en lenguas indígenas para los ámbitos de procuración y administración de justicia”. Gobierno de México, 19 de octubre, 2021. Consultado el 19 de abril, 2023. <www.gob.mx/cultura/prensa/el-inali-entrego-certificados-a-interpretres-en-lenguas-indigenas-para-los-ambitos-de-procuracion-y-administracion-de-justicia>.
- Secretaría de Cultura. “Garantizar los derechos lingüísticos y culturales de los indígenas, uno de los retos más importantes en el país: INALI”. Gobierno de México, 13 de octubre, 2023. Consultado el 19 de abril, 2023. <www.gob.mx/cultura/prensa/garantizar-los-derechos-linguisticos-y-culturales-de-los-indigenas>.

guisticos-y-culturales-de-los-indigenas-uno-de-los-retos-mas-importantes-en-el-pais-inali?idiom=es-MX>.

Seijo, Cristina. “Los valores desde las principales teorías axiológicas: Cualidades apriorísticas e independientes de las cosas y los actos humanos”, *Economía* 34, núm. 28, julio/diciembre (2009): 145-160. Consultado el 24 de abril, 2023. <<https://biblat.unam.mx/hevila/EconomiaMerida/2009/vol34/no28/6.pdf>>.

Semanario Judicial de la Federación, Gaceta. Tesis P. LXV/2009, Novena Época, Diciembre de 2009, Tomo XXX, página 8, Registro digital: 165813. Consultado el 5 de agosto, 2023.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Dignidad humana, derecho a la vida y derecho a la integridad personal*. México: SCJN, 2013. Consultado el 6 de agosto, 2023. <https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/CST_2014/000260741/000260741.pdf>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Sentencias relevantes en materia de Derechos Humanos: Personas, pueblos y comunidades indígenas*. México: SCJN, 2023. Consultado el 1 de agosto, 2023. <www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/buscadores-juridicos/sentencias-relevantes-en-materia-de-derechos-humanos/1299?field_tema_value=&field_sinopsis_value=Interpretes&field_numero_de_expediente_value=>.

Valiente López, Aresio. “Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas”. En *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico: Manual de operadores de justicia*, coordinado por Juan Carlos Martínez, Cristian Steiner y Patricia Uribe Granados. México: Prujula/Konrad Adenauer Stiftung, 2012 63-78. Consultado el 17 de mayo, 2023. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4499/15.pdf>>.

Vial Correa, Juan de Dios y Rodríguez Guerrero, Ángel. “La dignidad de la persona humana: Desde la fecundación hasta su muerte”. *Acta bioeth* 15, núm 1 (2009): 55-64. Consultado el 30 de abril, 2023. <<http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2009000100007>>.

Normatividad

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (5 febrero 1917) 1-189. <<https://www.refworld.org/es/docid/57f795a52b.html>>.



ESTUDIOS

GARANTISMO CIVIL

CIVIL GARANTISM

Perla Palacios Navarro*

RESUMEN: El presente trabajo se ubica dentro de la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli, tiene por objeto exponer desde la perspectiva del iuspositivismo–crítico (garantista), los fundamentos del derecho civil, las garantías sustantivas y procesales, previstas en los ordenamientos civiles tanto sustantivo como adjetivo, debido a que en el ámbito del derecho privado civil estadual subyace un catálogo de derechos fundamentales como son: I. El honor, la dignidad, el crédito y el prestigio; II. El aseguramiento de una vida privada y familiar libre de violencia; III. El respeto a la reproducción de la imagen y voz; IV. Los derivados del nombre o del seudónimo, de la nacionalidad, de la pertenencia cultural, de la filiación, de su origen y de su identidad; V. El domicilio; VI. La presencia estética; VII. Los afectivos derivados de la familia, la amistad y los bienes; VIII. El respeto, salvaguarda y protección de la integridad física, psicológica y patrimonial, entre otros; que se comportan y se tratan como reglas, no exactamente como principios, por lo que no necesariamente colisionan día a día en los casos concretos, lo anterior, por la aplicación formal y sustantiva de las garantías (reglas, principios y directrices) que rigen en la materia civil (mercantil) y familiar.

PALABRAS CLAVE: Garantismo, positivismo crítico, constitucionalismo, principios y reglas.

ABSTRACT: *This work is located within the legal theory of Luigi Ferrajoli, aims to expose from the perspective of iuspositivism–critical (guarantee), the foundations of civil law, substantive and procedural guarantees, provided in*

* Maestra en Derecho, magistrada en retiro del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, correo electrónico: perla.palacios@pjedomex.gob.mx.

civil systems both substantive and adjective, because in the field of State Civil Private Law underlies a catalog of fundamental rights such as: I. Honour, dignity, credit and prestige; II. The assurance of a private and family life free of violence; III. Respect for the reproduction of the image and voice; IV. Those derived from name or pseudonym, nationality, cultural belonging, filiation, origin and identity; V. The domicile; VI. Aesthetic presence; VII. The affective derived from family, friendship and property; VIII. The respect, safeguarding and protection of physical, psychological and patrimonial integrity, among others; that behave and are treated as rules, not exactly as principles, so they do not necessarily collide day by day in specific cases, the above, by the formal and substantive application of the guarantees (rules, principles and guidelines) that govern civil (commercial) and family matters.

KEYWORDS: *Garantism, critical positivism, constitutionalism, principles and rules.*

Fecha de recepción: 25 de enero de 2023.

Fecha de aceptación: 31 de mayo de 2023.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. IUSPOSITIVISMO CRÍTICO DE LUIGI FERRAJOLI. III. ESQUEMA MÍNIMO DEL PROYECTO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI. IV. GARANTISMO CIVIL (DOGMÁTICA GARANTISTA). V. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL Y SUS GARANTÍAS (SUSTANTIVAS Y PROCESALES). VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Seminario de Teoría Jurídica Contemporánea, denominado: “Teorías del Derecho y Función Jurisdiccional”, nos dio la oportunidad de participar en diálogos en paralelo entre profesores y asistentes, en torno a los temas incorporados en la actual agenda de la teoría y filosofía del derecho, importantes para la teoría y práctica jurídica; el análisis llevado dentro de la teoría jurídica contemporánea conjugó de manera destacada cuatro pensadores —críticos—: a. H. Kelsen, b. H.L.A. Hart, c. R. Dworkin y d. L. Ferrajoli; y tres corrientes —analíticas—: i. El realismo jurídico norteamericano, ii. El constitucionalismo positivista y iii. El neoconstitucionalismo.

El binomio: pensadores —críticos— y corrientes —analíticas—, enlazan la separación entre las esferas: La teoría del derecho (el concepto del derecho—qué es el derecho) con la función jurisdiccional (el contenido del derecho—cuál es el derecho), de lo anterior, advertimos las siguientes posturas metodológicas [Dworkin¹]: a. La tesis de la indiferenciación entre teoría y práctica en el ámbito jurídico (Problema de la demarcación entre teoría y práctica),² puede enfocarse desde la conocida discusión sobre si la ciencia jurídica es descriptiva o prescriptiva, entre teoría descriptiva (sin modificarlo) y práctica

¹ Ronald Dworkin, *El imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, (España: Gedisa, 2012); Ronald Dworkin, *El imperio del derecho*, (Gedisa Editorial) edición para Kindle; Andrei Marmor, *Interpretación y teoría del derecho*, (España: Gedisa, 2001). Desde el inicio del seminario, se nos indicó que R. Dworkin señaló que la teoría del derecho constituye el prólogo silencioso de la función jurisdiccional; lo anterior significa que detrás de las decisiones judiciales, está presente una concepción del derecho específica que puede no estar formulada de manera expresa, pero que es importante identificar. Dworkin pone en duda la posibilidad de una teoría del derecho independiente de la práctica jurídica, así como la posibilidad de una práctica jurídica independiente de la teoría del derecho. No es suficiente la descripción (Hart: punto de vista externo e interno —que solo se adquiere practicándolo—), el teórico debe tener conocimientos prácticos (vinculando la teoría a la práctica).

² Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, “La demarcación entre teoría y práctica jurídicas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVII, diciembre (2000): 395-416, <<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1670>>. A. Teoría jurídica: Reflexión sobre la naturaleza y los caracteres generales del derecho; el estudio del fenómeno jurídico con pretensión de dar cuenta de su presencia social, de su estructura y funcionamiento, e incluso de cómo mejor comprenderlo. Adopta una perspectiva filosófica: es crítica y no dogmática (está dispuesta a cuestionarlo todo), creativa y no predeterminada (su objeto de estudio no está preconstituido), y su interés es más cognoscitivo o especulativo que pragmático o técnico. B. Práctica jurídica: La determinación o identificación de lo que el derecho dispone en un caso, sea abstracto o concreto; incluye tanto la investigación sobre el sentido específico de las prescripciones jurídicas (interpretación) como la atribución autorizada de dicho sentido para un caso concreto (aplicación). Adopta una perspectiva técnica: opera con un instrumental limitado que aplica a un objeto predibujado con la finalidad de solucionar problemas. En pocas palabras, la teoría se ocupa del concepto del derecho y la práctica de su contenido.

prescriptiva–normativa (valorativa–justificatoria —afecta la configuración del derecho—), donde se circula en el punto de vista externo e interno del derecho; y b. La tesis de la unidad de teoría y práctica (solo es posible teorizar sobre el concepto de derecho desde un conocimiento práctico); El derecho no es un mero modelo aplicativo sino argumentativo, en el cual no basta con estudiar la interpretación e integración (proporcionan distintos sentidos o significados), sino que es necesario estudiar además la argumentación (provee mecanismos para justificar —corrección de las pretensiones—).³

Cada uno de los teóricos y filósofos del derecho comparados en el Seminario de Teoría Jurídica Contemporánea cumplieron con una tarea insoslayable, establecer las bases para una teoría del derecho, aportando sus criterios (ideas, tesis), que fueron delineando sus propias teorías, Kelsen con su teoría pura del derecho, Hart con su positivismo jurídico normativista, Dworkin que percibe el derecho como integridad, Ferrajoli con su constitucionalismo positivista–garantista; por ello, una cuestión que debe destacarse es que la teoría impacta directamente en el trabajo jurisdiccional; sin embargo, es controvertido el que haya alguna teoría del derecho que sea efectivamente general.

De todas las anteriores propuestas, advierto que en la actualidad el trabajo de Luigi Ferrajoli se interpreta, integra, argumenta y aplica en sede de legalidad, no únicamente en el ámbito constitucional o convencional, ni en la disciplina del derecho penal, sino también ahora con mayor auge en la justicia cotidiana, en el ámbito del derecho civil; sus estudios sobre la construcción moderna del concepto de derecho subjetivo —propiedad y libertad— (*Principia Iuris*),⁴ analizar de forma crítica la contraposición entre principios y reglas —el debilitamiento de la normatividad de las constituciones— (“Consti-

³ B. Flores Imer et al., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, (México: Tirant lo Blanch-UNAM, 2021).

⁴ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. I, (España: Trotta, 2013).

tucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”),⁵ y al publicar su obra: *Libertad y Propiedad. Por un constitucionalismo de Derecho privado*,⁶ da pauta para que se realice un análisis desde la perspectiva garantista en el ámbito civil estadual; máxime que en el código civil encontramos un catálogo propiamente de derechos fundamentales: I. El honor, la dignidad, el crédito y el prestigio; II. El aseguramiento de una vida privada y familiar libre de violencia; III. El respeto a la reproducción de la imagen y voz; IV. Los derivados del nombre o del seudónimo, de la nacionalidad, de la pertenencia cultural, de la filiación, de su origen y de su identidad; V. El domicilio; VI. La presencia estética; VII. Los afectivos derivados de la familia, la amistad y los bienes; VIII. El respeto, salvaguarda y protección de la integridad física, psicológica y patrimonial (artículo 2.5 del Código Civil del Estado de México); que no necesariamente colisionan día a día en los casos concretos, debido a la aplicación formal y sustantiva de las garantías (reglas, principios y directrices) que rigen en la materia civil (mercantil) y familiar; sirva lo que precede, como hilo conductor para abonar sobre el constitucionalismo de derecho privado, en especial en la disciplina de derecho civil tanto adjetivo como sustantivo, desde la perspectiva del garantismo.

II. IUSPOSITIVISMO CRÍTICO DE LUIGI FERRAJOLI

El derecho se encuentra en la conciencia y razón del ser humano, la noción y distinción entre lo justo e injusto, tiene como fin la búsqueda de un derecho ideal (perfecto), para ello se ha transitado del Estado de naturaleza —imperfecto— (derecho natural), al Estado de derecho (derecho positivo), que ha tenido su desarrollo en distintas etapas: Estado de derecho de legalidad, constitucionalidad y

⁵ Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, (2011): 15-53, <<https://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/num-34-2011/>>; Análoga publicación: “Un debate sobre el Constitucionalismo”, *Monográfico revista Doxa*, núm. 34, (2012).

⁶ Luigi Ferrajoli, *Libertad y propiedad. Por un Constitucionalismo de Derecho Privado*, (Perú: Palaestra editores, 2018).

convencionalidad; las dos primeras se encuentran consolidadas y la última en conformación —un constitucionalismo más allá del Estado (democracia internacional y una constitución de la tierra) a través de un sistema de límites y vínculos a los poderes salvajes de los Estados soberanos y los mercados globales)—;⁷ sin embargo, la transición no es lineal ni progresiva, en ocasiones debemos hacer un alto y reflexionar hacia dónde se encuentra esa búsqueda del derecho ideal, en la actualidad encontramos a los denominados: A. No positivistas, de tipo: a. Kantiana–constructivista (Alexy, Dworkin, Nino, Atienza, García Figueroa) o, b. Aristotélica–realista (Ollero, Viola, Cianciardo, Rabbi Baldi Cabanillas); y B. Positivas–críticos de tipo: Hobbesiana–pragmática (Ferrajoli); todos encuadrados en el Neoconstitucionalismo.⁸

No obstante, Luigi Ferrajoli pretende desmarcarse de este extenso rubro, básicamente en dos aspectos: metodológico–conceptual (separación conceptual entre derecho y moral) y teórico (visión más restrictiva de la aplicación de la Constitución y no conflictivista de los derechos fundamentales).⁹

El proyecto garantista de Luigi Ferrajoli¹⁰ inicia en *Derecho y Razón* (1989)¹¹ y trasciende a *Principia Iuris* (2007),¹² tiene su génesis en la

⁷ Luigi Ferrajoli, *Por una Constitución de la Tierra. La Humanidad en la encrucijada*, (España: Trotta, 2022).

⁸ Rodolfo L. Vigo, *El neoconstitucionalismo iuspositivista–crítico de Luigi Ferrajoli*, (Argentina: Marcial Pons, 2019), 9-11.

⁹ Luis Prieto Sanchís, “Principia Iuris: Una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional”, en *Derecho y Democracia Constitucional: Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli*, (Perú: Ara editores, 2011), 251-95.

¹⁰ Cfr.: Dario Ippolito, “Libertad y propiedad en la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli”, en *Libertad y propiedad. Por un Constitucionalismo de Derecho Privado*, (ed.) Luigi Ferrajoli, (Perú: Palaestra editores, 2018). Las primeras reflexiones de Ferrajoli se encuentran en: “Sobre la posibilidad de una teoría del derecho como ciencia rigurosa”.

¹¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (España: Trotta, 1995).

¹² Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. I, (España: Trotta, 2013).

idea de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso (herencia ilustrada de Locke y Montesquieu), por lo que es preciso neutralizarlo, haciendo del derecho un sistema de garantías (límites y vínculos al poder) para la tutela de los derechos, en términos generales se opone al autoritarismo (política–democracia sustancial) y al decisionismo (derecho–principio de legalidad); la desconfianza hacia el poder justifica el modelo de estado constitucional de derecho (*Derecho y Razón*), y lo reconstruye con su teoría del derecho (*Principia Iuris*); posteriormente desarrolla las diferencias más relevantes entre el constitucionalismo principialista (neoconstitucionalismo) y el constitucionalismo garantista (iuspositivismo reforzado), por el sometimiento al derecho y al control de constitucionalidad.

III. ESQUEMA MÍNIMO DEL PROYECTO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

No cabe duda de que Luigi Ferrajoli, es un referente para personas teóricas y filósofas del derecho, principalmente por sus dos obras cumbre: “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*” (1989) y “*Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*” (2007); la primera, representa una defensa del paradigma teórico del constitucionalismo como la expresión más completa y acabada del proyecto garantista; la segunda, constituye la grandiosa construcción teórica de ese paradigma.¹³

Inclusive, no es ajeno para nadie, que sus tesis siempre han sido cuestionadas a lo largo de diversos debates y discusiones razonadas, un ejemplo de ello es “*Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*”

¹³ Marina Gascón Abellán, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en *Para Luigi Ferrajoli*, (ed.) Ippolito, Dario, et al., (España: Trotta, 2021), formato para Kindle; Marina Gascón Abellán, “¿Para qué sirve la teoría?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXIX (2013): 125-140, <<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/2232>>. Para una visión estructural–general de las obras: *Derecho y razón* y *Principia iuris*, consúltese los trabajos de Marina Gascón Abellán.

(1993),¹⁴ que reúne las críticas, comentarios y observaciones sobre *Derecho y Razón*; afrontando los temas cruciales en su ensayo “Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre Derecho y razón”, donde aclara y enriquece los conceptos esenciales de su teoría del garantismo.

Posteriormente, surgió el debate sobre los derechos fundamentales (2001),¹⁵ las cuestiones que se someten a discusión son el estatuto científico de la teoría del derecho, sus pretensiones normativas o simplemente descriptivas y neutrales, o los límites, en general, del lenguaje jurídico como objeto de formalización lógica y análisis riguroso; pero también las potencialidades de los derechos como vehículos de paz, igualdad y protección de los más débiles, sus posibles mecanismos de tutela y garantía, sus relaciones con la economía y con la política y, por tanto, con el mercado y la democracia, o su atribución a las personas en general y no solo a los ciudadanos, en el marco de una creciente subordinación de los Estados nacionales (en el plano formal del derecho positivo) a las cartas internacionales de derechos humanos; el eje en torno al cual gira el debate es a partir de la definición estructural o formal de los derechos fundamentales, y sus cuatro tesis adicionales: La primera, la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales; la segunda, que los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todas las personas, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica —la dimensión sustancial de la democracia—, previa a la dimensión política o formal fundada sobre los poderes de la mayoría; la tercera, a la actual naturaleza supranacional de los derechos fundamentales, y la cuarta, las relaciones entre los derechos y sus garantías.

A continuación, se realizó una compilación de estudios sobre su pensamiento jurídico, denominado “*Garantismo*” (2005),¹⁶ que giró

¹⁴ Letizia Gianformaggio, et al., *Las razones del garantismo: Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, (Colombia: Temis, 2021), edición para eBook.

¹⁵ Luigi Ferrajoli, et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (España: Trotta, 2014).

¹⁶ Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, (España: Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005).

en torno a temas desde cuestiones de técnica jurídica hasta bioética, el terrorismo o las migraciones, discutiendo sobre dos temas concretos: el papel de la ciencia jurídica y la relación entre el constitucionalismo y la democracia; la respuesta de Ferrajoli no se hizo esperar, publicándose “*Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*” (2006),¹⁷ distinguiendo seis cuestiones en las que se desarrolló el debate: 1) la relación entre positivismo jurídico y constitucionalismo y la tesis de la separación de derecho y moral; 2) el estatuto epistemológico de la teoría del derecho como teoría formal y las interpretaciones empíricas asociadas a ella por la ciencia jurídica, la filosofía política y la sociología del derecho; 3) la dimensión pragmática de la teoría del derecho y la función crítica y normativa de la ciencia jurídica; 4) la cuestión de los conflictos entre derechos fundamentales y la separación de los poderes; 5) la relación entre principio de mayoría, derechos fundamentales y democracia constitucional; y 6) las posibles ampliaciones del paradigma clásico del estado de derecho en la tutela de los derechos sociales, frente a los poderes privados y en el plano internacional.

Diversa referencia es el “Seminario de Brescia” (2007), dedicado a discutir su obra *Principia iuris*,¹⁸ el encuentro se articuló en tres mesas redondas sobre los principales núcleos temáticos: i) los términos de una (meta) teoría del derecho, ii) los principios del Estado constitucional de derecho y iii) los valores de la democracia constitucional; sobre las respuestas a las críticas, Ferrajoli fue puntual, elaboró tres apartados, el primero a las cuestiones metateóricas y metodológicas; el segundo, a las cuestiones de teoría del derecho y el tercero, a las cuestiones de teoría de la democracia, tópicos que fueran publicados

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. Andrea Greppi, (España: 2013).

¹⁸ *Cfr.* Luigi Ferrajoli, et al., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, (España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009). En el Seminario “Garantismo y derecho” (2006) se recogen dos ponencias de Ferrajoli: “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos” y “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías”, que pueden ser leídos como una introducción de *Principia iuris*.

bajo el rubro: “*Derecho y Democracia Constitucional. Una discusión sobre Principia iuris de Luigi Ferrajoli*” (2008).¹⁹

Posteriormente, al publicar: “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*” (2011),²⁰ de nueva cuenta suscito un debate sobre constitucionalismo, los comentarios se ubican esencialmente bajo el rótulo de iusfilosofía analítica, se centran en los tres grandes problemas de la teoría del derecho contemporánea: la relación entre el derecho y la moral, la contraposición entre principios y reglas, y la ponderación; replicó las críticas en: “*El constitucionalismo garantista. Entre Paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*”,²¹ principalmente en dos orientaciones: a. Las objeciones paleo-iuspositivistas y b. Las objeciones neo-constitucionalistas o principialistas. En este segundo rubro, enfrentó la cuestión de la relación, si de conexión o de separación, entre derecho y moral, y la alternativa que esta presupone entre objetivismo y cognoscitivismo ético y anticognoscitivismo y antiobjetivismo ético; discutió el problema de la relación entre reglas y principios y los que ha llamado principios regulativos y principios directivos; finalmente, habló de la subsunción y de la ponderación, además del rol de la argumentación en la práctica judicial. Pero lo mejor —de acuerdo con Atienza—, es que se advierte un cambio de actitud en el autor, al reconocer que esas diferencias (en realidad, la forma de entender la teoría del derecho) son compatibles en el plano político, debido a que los que participan en la polémica aspiran a un derecho comprometido con los valores del Estado de derecho y que la diferencia estriba en la determinación de cuáles serían las herramientas teóricas y conceptuales más adecuadas para lograrlo.

¹⁹ Luigi Ferrajoli, “Principia iuris. Una discusión teórica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, (2008): 393-434, <<https://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/doxa-2/>>; Luigi Ferrajoli, et al., *Derecho y Democracia Constitucional. Una discusión sobre Principia iuris de Luigi Ferrajoli*, (Perú: ARA Editores, 2011).

²⁰ Ferrajoli, “Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista”, *op. cit.*

²¹ *Ibidem*, 311-60.

Retoma la discusión en: “El constitucionalismo entre principios y reglas”,²² y lo prolonga en: “*Un debate sobre principios constitucionales*”²³ y “*Dos modelos de constitucionalismo*” (2015),²⁴ defiende la tesis de la separación entre derecho y moral y el no cognitivismo ético; propone una redefinición de los conceptos de regla y de principio como base para sostener que los derechos fundamentales son tanto reglas objeto de aplicación como principios objeto de argumentación; sostiene que buena parte de los conflictos entre principios son susceptibles de soluciones en abstracto, que evitan la necesidad de ponderación; a su juicio la resolución de otros conflictos de este género depende en cambio, no de la ponderación entre las normas involucradas, sino de la ponderación de las circunstancias singulares en los casos en presencia; finalizando con la confrontación de los dos modelos de constitucionalismo, en general de teoría del derecho: el modelo garantista y el modelo principialista o postpositivista.

IV. GARANTISMO CIVIL (DOGMÁTICA GARANTISTA)

Luigi Ferrajoli, en *Derecho y Razón*,²⁵ establece un entresijo capital: ¿Qué es el garantismo? para ello utiliza el término en tres acepciones: a. Modelo normativo de derecho (modelo de Estado de derecho), b. Teoría jurídica (iuspositivismo crítico), y c. Filosofía política (reconocimiento y protección de derechos), lo que conforman una teoría general del garantismo, bajo una connotación penal; sin embargo, indica:

Estos elementos no valen sólo en el derecho penal, sino también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos funda-

²² Luigi Ferrajoli, “El constitucionalismo entre principios y reglas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, (2012): 791-817, <<https://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/num-35-2012/>>.

²³ Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero, *Un debate sobre principios constitucionales (Derechos y Garantías n° 27)*, (Perú: Palestra Editores, 2014), formato para Kindle.

²⁴ Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, (España: Trotta, 2013).

²⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (España: Trotta, 1995), 851 y ss.

mentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad —de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral— estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representa instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lagunas —jurídicas y políticas— que permiten poner de manifiesto.

[...]

Ante este derrotero, en las líneas que prosiguen se expondrán los fundamentos del derecho civil, las garantías sustantivas y procesales civiles, donde subyace un positivismo crítico (garantista).

V. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL Y SUS GARANTÍAS (SUSTANTIVAS Y PROCESALES)²⁶

Los fundamentos del derecho civil subyacen en los derechos y obligaciones de orden privado concernientes a las personas y sus bienes,²⁷ por ello las leyes y disposiciones obligan, por tanto la voluntad de las personas particulares no puede eximir su observancia, ni alterarla, ni modificarla; se admite la renuncia —en términos claros y precisos, que no quede duda de cuál es el derecho que se renuncia—, siempre y cuando no afecten directamente al interés público y no perjudiquen derechos de terceras personas; además, todos los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos (con sus excepciones legales —las excepciones a las reglas generales deben ser expresas—), inclusive, contra la observancia de la ley, no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario (el descono-

²⁶ Es importante indicar que mi estudio lo realizaré en sede judicial estatal, por ello los ordenamientos jurídicos serán los del estado de México, se acota el análisis a nivel legalidad y estadual, debido a que el interés del garantismo se observa principalmente a nivel federal, en las disciplinas: penal-constitucional.

²⁷ Libro Primero Parte General del Código Civil del Estado de México. Acúdase a: <<https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>>.

cimiento a nadie aprovecha ni excusa su cumplimiento); por supuesto que quienes habitan la entidad federativa tienen la obligación de ejercer sus actos, de usar y disponer de sus bienes, pero en forma que no perjudique al interés de la sociedad (límite a los derechos).

Al mismo tiempo, las personas juzgadoras (titulares de los órganos jurisdiccionales tanto de primera como de segunda instancia) no podrán dejar de resolver una controversia, ni aun invocando el silencio, la oscuridad o insuficiencia de la ley; por lo que cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley que sea aplicable, la controversia se decidirá en favor de quien trate de evitarse perjuicios y no del que pretenda obtener lucro; por lo que, si el conflicto fuera entre derechos iguales sobre la misma especie, se decidirá observando la mayor equidad; máxime que las personas juzgadoras interpretarán según su texto y en relación con el contexto, los antecedentes de las partes, la realidad social al tiempo en que deben aplicarlas y atenderán fundamentalmente su espíritu y fines de la norma; por tanto, la equidad deberá ponderarse en la aplicación de las normas tratándose de personas con atraso intelectual, debilidad económica, social, hábitos o tradiciones propias de la etnia a la que pertenezcan, siempre que estas circunstancias hubieran influido en el incumplimiento de la ley civil.

De lo anterior se obtienen las siguientes **garantías sustantivas** de: 1. Ámbito territorial y material, 2. Inicio de vigencia de la ley, 3. Obligatoriedad de la ley y derechos renunciables, 4. Renuncia de derechos privados, 5. Nulidad de actos contrarios a la ley, 6. Derogación y abrogación de la ley, 7. Observancia de la ley, 8. Excepciones a la ley, 9. El límite de los derechos, 10. La obligatoriedad judicial de resolver controversias, 11. Solución de conflictos a falta de ley, 12. Ignorancia de la ley, 13. Equidad.

Por otra parte, le corresponde el ejercicio de la jurisdicción a los tribunales del Poder Judicial,²⁸ quienes tienen la facultad de

²⁸ Libro Primero Parte General del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. *Cfr.*:
<<https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig003.pdf>>.

interpretar y aplicar las leyes en los asuntos del orden civil (mercantil) y familiar del fuero común, lo mismo que del orden federal, en los casos que expresamente lo ordene la ley; la jurisdicción solo se ejercerá mediante instancia de parte, pero mientras se mantenga en ejercicio, corresponde a la persona juzgadora desarrollar el proceso de oficio, salvo los casos en que la ley exija la petición de parte; las reglas generales sobre substanciación del proceso, regirán en toda actividad judicial, con excepción de los casos señalados en las leyes, por ello solo son renunciables las formalidades que la ley permita.

Además, en la sustanciación de todas las instancias, las personas juzgadoras guardarán y harán guardar con la mayor exactitud los trámites y plazos marcados por la ley, cuales quiera que sean las disposiciones anteriores, doctrinas, prácticas y opiniones en contrario; no se permitirá que una parte sea inoportuna e intempestivamente sorprendida por la otra con cuestiones no formuladas en la oportunidad correspondiente dentro de los términos de ley, ni que de cualquier otro modo se altere el método y orden del procedimiento; no se admitirán promociones, recursos o incidentes maliciosos, frívolos o improcedentes, los desecharán de plano, motivando debidamente la causa por la que se desecha, e impondrán una corrección disciplinaria, solidariamente al promovente y al abogado patrono; lo anterior, porque la ley prescribe encerrar en límites precisos la discusión jurídica, la decisión se limitará a resolver sobre los puntos controvertidos; por ello la dirección del proceso está confiada al juez, el que la ejercerá de acuerdo con las disposiciones que el propio código adjetivo establece, por lo que deberá de tomar las medidas que ordena la ley para prevenir y, en su caso, sancionar cualquier actividad u omisión con la finalidad de impedir el fraude procesal, la colusión y las conductas ilícitas o dilatorias.

Inclusive, las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas, las contestaciones y las demás pretensiones deducidas por las partes, por lo que deberán ocuparse exclusivamente de las partes, cosas, acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio, decidiendo todos los puntos litigiosos, cuando estos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno

de ellos; así, la sentencia que constituya la verdad legal y contra la cual no admita recurso ni prueba que pueda discutirla, modificarla, revocarla o anularla es cosa juzgada —salvo los casos expresamente determinados por la ley—; sin embargo, en juicios de alimentos, sobre patria potestad, interdicción, procesos judiciales no contenciosos, solo tendrán autoridad de cosa juzgada mientras no alteren o cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente; y solo podrán alterarse o modificarse mediante nuevo juicio. Una cuestión importante, es la figura de la preclusión, la pérdida de la facultad de las partes en juicio para realizar determinados actos procesales, después de que se han ejecutado otros o ha transcurrido cierto plazo legal; ya que tiene por objeto dar precisión y seguridad al procedimiento y atribuir firmeza a las resoluciones que, sin producir excepción de cosa juzgada, tienen efectos que han de ser respetados en el procedimiento, cuando dichas resoluciones no ameriten recurso alguno.

De lo anterior se obtienen las siguientes **garantías adjetivas** de: 1. Ejercicio de la jurisdicción, 2. Inicio dispositivo e impulso procesal oficioso, 3. Normas genéricas de la jurisdicción, 4. Principios rectores del proceso (exactitud, método y orden, probidad procesal, congruencia y dirección del proceso), 5. Congruencia y exhaustividad de las resoluciones, 6. Cosa juzgada, su indiscutibilidad y posibilidad de modificarla, y 7. La preclusión.

De acuerdo con Ferrajoli la principal garantía procesal es la de jurisdiccionalidad y su correlativa de legalidad (nexo entre ley y juicio),²⁹ mediante los cuales se define y garantiza el carácter cognoscitivo de un sistema; en este punto, se comparte la propuesta, máxime que la jurisdiccionalidad en sentido estricto supone necesariamente: 1. Organización, 2. Competencia (objetiva y subjetiva), 3. Actos procesales en general (prueba y recursos), 4. La función jurisdiccional (acciones y excepciones, actos previos y posteriores al juicio —vía de apremio—), 5. El litigio y el juicio ordinario, 6. Los procedimientos especiales, 7. Los procedimientos judiciales no contenciosos, 8. Las

²⁹ Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, 538.

controversias sobre el estado civil de las personas y del derecho familiar.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece que la garantía a la tutela jurisdiccional se encuentra prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual comprende tres etapas, a las que corresponden tres derechos que lo integran: 1) una previa al juicio, a la que atañe el derecho de acceso a la jurisdicción; 2) otra judicial, a la que corresponden las garantías del debido proceso; y, 3) una posterior al juicio, que se identifica con la eficacia de las resoluciones emitidas con motivo de aquel.³⁰

Un último punto que quiero destacar es que Luigi Ferrajoli en su artículo: “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*” (2011),³¹ elabora una crítica a la contraposición entre principios y reglas (su tesis sobre el debilitamiento de la normatividad de las constituciones); indica que la distinción fue formulada por Ronald Dworkin (*Los derechos en serio*) y que Robert Alexy la considera como uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales (teoría de los derechos fundamentales), donde adopta norma como término de género y principio y regla como términos de especie; por lo que de acuerdo con la distinción, las normas constitucionales que formulan objetivos políticos y/o valores morales y/o derechos fundamentales, tienen la forma de principios y no de reglas.

Al tomar en cuenta los aportes de Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero y Gustavo Zagrebelsky, llega a deducir que esta distinción se asocia un alcance empírico y explicativo que va mucho más allá de su fundamento teórico, incierto y problemático, al ser inciertos y heterogéneos tanto la noción de principio como el significado y la consistencia conceptual de la distinción misma; y aún más discutible es

³⁰ Tesis: 1a./J. 90/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, Tomo I, 213.

³¹ Ferrajoli, *Constitucionalismo Principialista ...*, op. cit, 34.

la capacidad explicativa de la distinción, debido a que la mayor parte de los principios se comportan como las reglas.

Que existen principios que enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia no es fácil identificar por lo que se trata de normas relativamente marginales; a las que llama principios: a. Directivos o directivas (expectativas genéricas e indeterminadas, no de hechos sino de resultados) y b. Regulativos o imperativos (expectativas específicas y determinadas), en cuanto tales inderogables; a los que corresponden límites o vínculos, es decir, garantías consistentes en las correspondientes prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación.

Bajo este contexto es importante indicar que en el código civil encontramos un catálogo de derechos fundamentales: en un primer apartado los atributos de la personalidad (patrimonio moral o afectivo de las personas físicas —también la persona jurídica colectiva en lo que sea compatible con su naturaleza—, son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables): nombre, domicilio, estado civil y patrimonio; y es un deber del estado proteger, fomentar y desarrollar estos derechos (artículos 2.3 y 2.4 del Código Civil del Estado de México).

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que la garantía al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica atender tanto a su dimensión material, como a la dimensión formal o instrumental. Esto quiere decir que su núcleo de protección no solo implica reconocer la efectiva titularidad y ejercicio de los derechos y las obligaciones de la persona (dimensión material), sino también la obligación del estado de dotar de las herramientas, medios, instrumentos y condiciones para que la persona pueda acreditar su titularidad y ejercer el derecho respectivo (dimensión formal o instrumental).³²

³² Tesis: 1a./J. 77/2022 (11a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Undécima Época, Libro 14, junio de 2022, Tomo V, 4164.

En un segundo apartado, el propio ordenamiento establece los derechos de las personas: I. El honor, la dignidad, el crédito y el prestigio; II. El aseguramiento de una vida privada y familiar libre de violencia; III. El respeto a la reproducción de la imagen y voz; IV. Los derivados del nombre o del seudónimo, de la nacionalidad, de la pertenencia cultural, de la filiación, de su origen y de su identidad; V. El domicilio; VI. La presencia estética; VII. Los afectivos derivados de la familia, la amistad y los bienes; VIII. El respeto, salvaguarda y protección de la integridad física, psicológica y patrimonial (artículo 2.5 del Código Civil del Estado de México).

Sin embargo, como puntualiza Ferrajoli, estos principios se comportan como reglas, es decir, las personas juzgadoras en su quehacer diario, los aplican como reglas y no exactamente como principios; por lo que —como se adelantó— no necesariamente colisionan día a día en los casos concretos, debido a la aplicación formal y sustantiva de las reglas, principios y directrices que rigen en la materia civil (mercantil) y familiar.

Inclusive, es indispensable advertir la crítica que realiza de los dos casos formulados por Dworkin: *Riggs vs. Palmer* (1889) si el asesino del de cujus podía heredarlo y *Henningsen vs. Blomfield Motor Inc.* (1960) donde se cuestionó la responsabilidad del fabricante de un automóvil por los daños provocados por un accidente causado por un defecto de fabricación, aun cuando existía una cláusula contractual que limitaba la garantía —puesta expresamente en el lugar de otras garantías, obligaciones y responsabilidades— únicamente a la obligación de reparar las partes defectuosas; que los dos casos se habrían resuelto sin problema en ordenamientos del derecho civil europeo (el italiano) sobre la base de reglas absolutamente inequívocas, y cita las disposiciones normativas 463 y 1.490 del código civil, que excluye por indignidad de la sucesión a quien ha voluntariamente matado o intenta matar a la persona de cuya sucesión se trata; y la garantía por los vicios de la cosa vendida, que el pacto por el que se excluya o se limite la garantía no tiene efecto si el vendedor ha oculado con mala fe al comprador los vicios de la cosa, solución basada en reglas: a) La regla sobre la garantía por vicios de la cosa vendida, b) La regla sobre la derogabilidad de tal garantía por obra de un pac-

to en contrario y c) La regla de su inderogabilidad, aun en presencia de pacto en contrario, si los vicios de la cosa han sido ocultados por el vendedor con mala fe.

Por otra parte, un caso en nuestra legislación civil, donde los principios se comportan como reglas³³ es la capacidad para donar órganos³⁴ (artículo 2.6 del Código Civil del Estado de México), la disposición normativa establece que toda persona con capacidad de ejercicio tiene derecho a disponer sus órganos o materiales orgánicos para que después de su muerte se donen y sean implantados en humanos vivos o con fines de estudio e investigación; los inconvenientes que se actualizan son respecto de menores de edad y la disposición en vida; al revisar la legislación nacional se advierte que en la Ley General de Salud,³⁵ en su título décimo cuarto denominado: “Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida” (artículos 313 a 350 Bis. 7), establece en el rubro de “Donación” que toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el citado título (artículo 320); la donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes

³³ Pero que en cierto momento pudieran colisionar: Los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y factibilidad, frente a los derechos fundamentales de la dignidad de la persona, las condiciones de salud, el principio de igualdad, preservando el interés superior de los menores.

³⁴ Orienta el caso: Amparo en Revisión 115/2003, en el caso específico una persona con la necesidad de un trasplante de riñón, quien contaba con un donador altruista; sin embargo, le fue negado este tratamiento terapéutico por la institución médica, toda vez que no cumplía con el requisito establecido en la fracción VI del artículo 333 de la Ley General de Salud, consistente en una relación de parentesco entre donador y receptor. Acúdase a: <<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=54581>>; y Acción de inconstitucionalidad 10/2005, se impugnó la restricción establecida en el artículo 24-A del Código Civil de Nayarit, para que las personas puedan disponer, en vida, parcialmente de su cuerpo con fines terapéuticos, solamente a favor de un familiar hasta el cuarto grado de parentesco. *Cfi.*: <<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=74240>>.

³⁵ Acúdase a: <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGS.pdf>>.

se utilicen para trasplantes (artículo 321). En todos los casos se deberá cuidar que la donación se rija por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y factibilidad (artículo 322); no obstante, el consentimiento tendrá las siguientes restricciones respecto de las personas que a continuación se indican: I. El tácito o expreso otorgado por menores de edad, incapaces o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente, no será válido, y II. El expreso otorgado por una mujer embarazada solo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.³⁶

VI. CONCLUSIONES

En la teoría jurídica contemporánea destacan cuatro pensadores —críticos—: a. H. Kelsen, b. H.L.A. Hart, c. R. Dworkin y d. L. Ferrajoli; y tres corrientes —analíticas—: i. El realismo jurídico norteamericano, ii. El constitucionalismo positivista y iii. El neoconstitucionalismo.

El binomio pensadores —críticos— y corrientes —analíticas—, enlazan la separación entre las esferas: La teoría del derecho (el concepto del derecho—qué es el derecho) con la función jurisdiccional (el contenido del derecho—cuál es el derecho).

Cada teórico y filósofo del derecho cumplieron con una tarea insoslayable, establecer las bases para una teoría del derecho, aportando sus criterios (ideas, tesis), que fueron delineando sus propias teorías, Kelsen con su teoría pura del derecho, Hart con su

³⁶ Las restricciones, en el caso español, se contemplaron como un vacío legal “laguna”, debido a que la ley prohíbe a los menores de edad una donación de este tipo para evitar los abusos; sin embargo, un juzgado de Sevilla autorizó que una joven de 17 años done parte de su hígado a su bebé, pues en estos casos “existe un vacío legal” que permite al juez suplir la falta de capacidad de la menor. *Cfr.*: <https://elpais.com/sociedad/2007/10/22/actualidad/1193004001_850215.html#?prm=copy_link>; <<https://www.elmundo.es/elmundosalud/2007/10/22/medicina/1193042839.html>>.

positivismo jurídico normativista, Dworkin que percibe el derecho como integridad, Ferrajoli con su constitucionalismo positivista–garantista; por ello, una cuestión que debe destacarse es que la teoría impacta directamente en el trabajo jurisdiccional; sin embargo, es controvertido el que haya alguna teoría del derecho que sea efectivamente general.

En la actualidad el trabajo de Luigi Ferrajoli se interpreta, integra, argumenta y aplica en sede de legalidad, no únicamente en el ámbito constitucional o convencional, ni en la disciplina del derecho penal, sino también ahora con mayor auge en la justicia cotidiana, en el ámbito del derecho civil.

Sus dos obras cumbre: “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*” (1989) y “*Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*” (2007); la primera, representa una defensa del paradigma teórico del constitucionalismo como la expresión más completa y acabada del proyecto garantista; la segunda, constituye la grandiosa construcción teórica de ese paradigma.

Sus estudios sobre la construcción moderna del concepto de derecho subjetivo —propiedad y libertad— (*Principia Iuris*), analizar de forma crítica la contraposición entre principios y reglas —el debilitamiento de la normatividad de las constituciones— (“*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*”), y publicar su obra: “*Libertad y Propiedad. Por un constitucionalismo de Derecho Privado*” (2011), da pauta para que se realice un análisis desde la perspectiva garantista en el ámbito civil estadual.

En el código civil encontramos un catálogo de derechos fundamentales; sin embargo, estos principios se comportan como reglas, es decir, las personas juzgadoras en su quehacer diario, los aplican como reglas y no exactamente como principios; por lo que no necesariamente colisionan día a día en los casos concretos, debido a la aplicación formal y sustantiva de las reglas, principios y directrices que rigen en la materia civil (mercantil) y familiar.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

- Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. España: Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- Dworkin, Ronald. *El imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. España: Gedisa, 2012.
- Dworkin, Ronald. *El imperio del derecho*. Gedisa Editorial. Edición Kindle.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. España: Trotta, 1995.
- Ferrajoli, Luigi, et al. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, et al. *Derecho y Democracia Constitucional. Una discusión sobre Principia iuris de Luigi Ferrajoli*. Perú: ARA Editores, 2011.
- Ferrajoli, Luigi. “Un debate sobre el Constitucionalismo”. *Monográfico revista Doxa*, número 34, (2012).
- Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Traducido por Andrea Greppi. España: 2013.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. T. I. España: Trotta, 2013.
- Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan. *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. España: Trotta, 2013.
- Ferrajoli, Luigi, et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. España: Trotta, 2014.
- Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan. *Un debate sobre principios constitucionales: Derechos y Garantías n° 27*. Perú: Palestra Editores, 2014. Formato para Kindle.
- Ferrajoli, Luigi. *Libertad y propiedad. Por un Constitucionalismo de Derecho Privado*. Perú: Palaestra editores, 2018.
- Ferrajoli, Luigi. *Por una Constitución de la Tierra. La Humanidad en la encrucijada*. España: Trotta, 2022.
- Flores, Imer B. et al. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. México: Tirant lo Blanch-UNAM, 2021.

- Gascón Abellán, Marina. “La teoría general del garantismo: rasgos principales”. En *Para Luigi Ferrajoli*, editado por Ippolito, Dario, et al. España: Trotta, 2021. Formato para Kindle.
- Gianformaggio, Letizia, et al. *Las razones del garantismo: Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Colombia: Temis, 2021. Formato para eBook.
- Marmor, Andrei. *Interpretación y teoría del derecho*. España: Gedisa, 2001.
- Prieto Sanchís, Luis. “Principia Iuris: Una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional”. En *Derecho y Democracia Constitucional: Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli*. Perú: Ara editores, 2011.
- Vigo, Rodolfo L. *El neoconstitucionalismo iuspositivista–crítico de Luigi Ferrajoli*. Argentina: Marcial Pons, 2019.

Hemerografía

- Ferrajoli, Luigi. “Principia iuris. Una discusión teórica”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, (2008): 393-434. <<https://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/doxa-2/>>.
- Ferrajoli, Luigi. “Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34 (2011): 15-53. <<https://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/num-34-2011/>>.
- Ferrajoli, Luigi. “El constitucionalismo entre principios y reglas”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35 (2012): 791-817. <<https://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/num-35-2012/>>.
- Gascón Abellán, Marina. “¿Para qué sirve la teoría?”. *AFD, Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXIX (2013): 125-140, <<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/2232>>.
- Rodríguez-Toubes Muñoz, Joaquín. “La demarcación entre teoría y práctica jurídicas”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVII (2000): 395-416. <<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1670>>.

Documentos publicados en internet

- <https://elpais.com/sociedad/2007/10/22/actualidad/1193004001_850215.html#?prm=copy_link>.

- <<https://www.elmundo.es/elmundosalud/2007/10/22/medicina/1193042839.html>>.

Legislación

- Código Civil del Estado de México. <<https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>>.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. <<https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig003.pdf>>.
- Ley General de Salud <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGS.pdf>>.

Jurisprudencia

- Tesis: 1a./J. 90/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, Tomo I, 213.
- Tesis: 1a./J. 77/2022 (11a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Undécima Época, Libro 14, junio de 2022, Tomo V, 4164.

Resoluciones

Amparo en Revisión 115/2003. <<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=54581>>

Acción de inconstitucionalidad 10/2005. <<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=74240>>.

LOS ESTUDIOS DEL PODER JUDICIAL Y LAS CORTES SUPREMAS EN AMÉRICA LATINA

STUDIES OF THE JUDICIARY AND THE SUPREME COURTS IN LATIN AMERICA

Josafat Cortez Salinas*

RESUMEN: América Latina es una de las regiones con menor número de estudios comparativos entre los distintos poderes judiciales, cortes y sistemas judiciales; de los trabajos que sí se han realizado, proporcionan conocimiento disparado de la región, por ello, el presente trabajo tiene como objetivo describir las principales líneas de investigación comparada que se han desarrollado sobre las corte supremas y los jueces en América Latina, poniendo énfasis en los hallazgos principales.

PALABRAS CLAVE: Cortes supremas, América Latina, política comparada, Poder Judicial, jueces.

ABSTRACT: *Latin America is one of the regions with the least number of comparative studies between the different judicial powers, courts and judicial systems; Of the works that have been carried out, they provide uneven knowledge of the region, therefore, the present work aims to describe the main lines of comparative research that have been developed on the supreme courts and judges in Latin America, placing emphasis on the main findings.*

KEYWORDS: *Supreme courts, Latin America, comparative politics, Judiciary, judges.*

Fecha de recepción: 19 de enero de 2023.

Fecha de aceptación: 09 de junio de 2023.

* Profesor de tiempo completo en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ENFOQUES TEÓRICOS. III. CARACTERÍSTICAS METODOLÓGICAS DE LOS ESTUDIOS JUDICIALES EN LA REGIÓN LATINOAMERICANA. IV. PONER HIPÓTESIS A PRUEBA EN AMÉRICA LATINA: PREGUNTAS Y RESPUESTAS DESDE EL MÉTODO COMPARADO. V. CONCLUSIONES: SOBRE EL ESTADO DE LOS ESTUDIOS COMPARADOS EN LOS ESTUDIOS JUDICIALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué podemos aprender de la investigación del estudio de las cortes supremas en América Latina? Los estudios sobre política comparada en las principales revistas de Política Comparada (*Comparative Political Studies*, *Comparative Politics*, *World Politics*) en un lapso de 1989-2004, solo el 1.9 % son trabajos sobre el Poder Judicial.¹ Con estas cifras, no es de extrañar que el análisis del Poder Judicial y las cortes supremas sea una línea de investigación reciente en la ciencia política latinoamericana, especialmente desde una óptica comparada, y que existan países y cortes más estudiadas que otras.² El estudio del Poder Judicial comenzó a tener fuerza en el contexto de que los estudios politológicos se preguntan: ¿cómo afectan los diseños institucionales la estabilidad y la duración de las democracias?³

El debate sobre los efectos de los diseños institucionales es muy variado por lo que incluye decisiones sobre el sistema electoral, la organización federal o centralista del territorio, la distribución de los legisladores en una o dos cámaras, o el establecimiento de un sistema presidencial o uno parlamentario.

¹ Gerardo Munck y Richard Snyder, “Debating the Direction of Comparative Politics: An Analysis of Leading Journals”, *Comparative Political Studies* 40, núm. 1 (2007): 5.31.

² Diana Kapiszewski y Matthew M. Taylor, “Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America”, *Perspectives on Politics* 6, núm. 4 (2008): 741-67; Ezequiel González-Ocantos, *Courts in Latin America. The Oxford encyclopedia of Latin American Politics*, (Nueva York: Oxford University Press, 2019).

³ Diego Solís Delgado y Josafat Cortez Salinas, “De los quiebres democráticos a los gobiernos de coalición: una revisión del debate sobre el presidencialismo”, *Andamios* 16, núm. 41 (2019): 283-307.

Uno de los esfuerzos claves en las transiciones a la democracia en América Latina fue la reconfiguración de los poderes judiciales y las cortes supremas. Las reformas giraron en varios ejes: reconfigurar el poder de las cortes y tribunales constitucionales mediante el control constitucional, el rediseño de las variables institucionales de independencia judicial y la creación de órganos de gobierno judicial como los consejos de las judicaturas.⁴

Las transiciones generaron condiciones institucionales necesarias para que el Poder Judicial y los operadores jurídicos pudieran realizar su trabajo en un contexto de independencia judicial. Pese a estos esfuerzos y reformas, el Poder Judicial en la región padece de constantes ataques a la independencia judicial por medio de prácticas informales y formales que buscan debilitar a los poderes judiciales y acercar sus integrantes con el Poder Ejecutivo. El objetivo de este ensayo es describir las principales líneas de investigación comparada que se han desarrollado sobre las corte supremas y los jueces en América Latina, poniendo énfasis en los hallazgos principales.

II. ENFOQUES TEÓRICOS

En América Latina se han seguido los enfoques desarrollados en Estados Unidos para explicar lo que hacen los jueces. Las preguntas clásicas que están presentes son las mismas: qué hacen los jueces y por qué lo hacen; qué motiva las decisiones judiciales y qué factores los explican.⁵

⁴ Julio Ríos-Figueroa, “Instituciones para la justicia constitucional en América Latina”, en *Tribunales Constitucionales en América Latina*, (coords.) Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, (México: Poder Judicial de la Federación, 2010) 47-85.

⁵ Tracey E. George y Lee Epstein, “On the nature of Supreme Court decision making”, *The American Political Science Review* 86, núm. 2 (1992): 323-37; JA Segal, “Judicial behavior”, en *The Oxford Handbook of Law and Politics*, (ed.) KE Whittington, RD Kelemen, GA Caldeira, (Oxford, UK: Oxford Univ. Press, 2008) 19-35; James Gibson, “Judicial Institutions”, en *The Oxford Handbook of Political Institutions*, (ed.) Sarah A. Binder, R.A.W Rhodes, Bert A. Rockam, (Oxford, UK: Oxford Univ. Press, 2008).

El auge paulatino de los trabajos sobre las cortes en América Latina va de la mano con la segunda revolución científica en política comparada⁶ que buscó generar una teoría general con herramientas teóricas que provenían de la economía. Esta nueva agenda de acuerdo con Munck presentó tres ejes fundamentales que impactaron en los trabajos: la elección racional, la teorización formal y la utilización extendida de métodos cuantitativos.⁷

Esta revolución en la política comparada se vincula con un viraje en los estudios sobre la Corte en los Estados Unidos, que asume la elección racional para explicar la conducta de los jueces y que planteó una nueva agenda de investigación.⁸

Los modelos desarrollados desde la elección racional se edificaron desde la teoría de la elección social y de la teoría de juegos.⁹ Para esta perspectiva, el juez es un sujeto racional que es consciente de su poder y del peso de sus decisiones y busca maximizar sus intereses. Este es el paradigma que todavía sigue vigente y que ha permeado en las explicaciones de las decisiones de los jueces latinoamericanos.

De esta forma, en América Latina el paradigma teórico predominante para estudiar el Poder Judicial, las cortes supremas y los tribunales constitucionales ha sido el estratégico.¹⁰ El enfoque estratégico asume que el juez ordena sus preferencias y se guía por el costo/ beneficio de su decisión y por un determinado contexto institucional.¹¹ La labor del juez se desarrolla en un marco institucional de reglas y

⁶ Gerardo Munck, "The past and present of comparative politics", en *Passion, Craft and Method in Comparative Politics*, (coords.) Gerardo Munck y Richard Snyder, (Baltimore: The Johns Hopkins U.P., 2007) 32-45.

⁷ *Ídem*.

⁸ Lee Epstein y Jack Knight, *The Choices Justices Make*, (D.C.: Congressional Quarterly Press, 1998).

⁹ *Ídem*.

¹⁰ Kapiszewski y Taylor, "Doing Courts Justice?...", *op. cit.*; Ríos-Figueroa, "Instituciones para la justicia constitucional en América Latina", *op. cit.*

¹¹ Epstein y Knight, *The Choices Justices Make*, *op. cit.*; Lee Epstein y Jack Knight, "Reconsidering judicial preferences", *Annual Review of Political Science* 16:11-31, mayo (2013).

relaciones entre los mismos jueces y los demás actores políticos que pueden estar interesados en la decisión judicial.¹²

Las hipótesis desde el mirador de la elección racional han aportado al conocimiento de las cortes latinoamericanas tanto en dictadura como en democracia.¹³ Pero también es importante precisar que el enfoque estratégico se ha nutrido de una visión del institucionalismo histórico, considerando largas trayectorias ancladas en la historia para poder dar cuenta del carácter de las cortes y de su comportamiento en Argentina, Brasil, Chile y México.¹⁴

También se ha comenzado a poner a prueba hipótesis relacionadas con el enfoque actitudinal y los votos sinceros de los jueces que suponen que el juez tiene preferencias políticas desde antes de llegar al cargo y decide por su ideología política que se puede ubicar entre el eje de izquierda y derecha. En contextos inestables institucionalmente como el de Ecuador los jueces votan de forma sincera e ideológica.¹⁵ Uno de los enfoques que más fuerza han tenido en los últimos años es en el relacionado con las ideas jurídicas, los procesos

¹² Epstein y Knight, “Reconsidering judicial preferences”, *op. cit.*

¹³ Kapiszewski y Taylor, “Doing Courts Justice? ...”, *op. cit.*; Ríos-Figueroa, “Instituciones para la justicia constitucional en América Latina”, *op. cit.*; Julio Ríos-Figueroa, “Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994–2002”, *Latin American Politics and Society* 49, núm. 1 (2007): 1-57; Rebeca Chávez, John Ferejohn y Barry Weingast, “Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparado de los Estados Unidos y Argentina”, en *Tribunales Constitucionales en América Latina*, (coords.) Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, (México: Poder Judicial de la Federación, 2010) 371-411; Juan Carlos Rodríguez-Raga, “Las estrategias de repliegue de la Corte Constitucional de Colombia 1992-2006”, en *Tribunales Constitucionales en América Latina*, (coords.) Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, (México: Poder Judicial de la Federación, 2010) 137-168.

¹⁴ Karina Ansolabehere, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, (México: Fontamara, 2007); Diana Kapiszewski, *High Courts and Economic Governance in Argentina and Brazil*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010) 289; Lisa Hilbink, *Jueces y política en democracia y dictadura. Lecciones desde Chile*, (México: México-FLACSO, 2014).

¹⁵ Santiago Basabe-Serrano, *Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1997-2007)*, (Quito: Flacso Ecuador, 2011).

de socialización y los factores internos de los tribunales como las dinámicas organizacionales.¹⁶

III. CARACTERÍSTICAS METODOLÓGICAS DE LOS ESTUDIOS JUDICIALES EN LA REGIÓN LATINOAMERICANA

Los trabajos sobre el Poder Judicial han tomado como unidad de análisis y como variable dependiente las decisiones de los jueces constitucionales.¹⁷ Los trabajos sobre el Poder Judicial en la región son en su mayoría de carácter descriptivo y paulatinamente son más explicativos. Esta característica tiene que ver con que el campo de investigación es reciente y de acuerdo con Munck y Snyder los trabajos publicados en las principales revistas sobre política comparada combinan la descripción con la explicación.¹⁸ Los estudiosos que hacen política comparada requieren de trabajos descriptivos y la descripción tiene un amplio reconocimiento entre los comparativistas.¹⁹

Los estudios de caso en materia de Poder Judicial han permitido conocer a profundidad el comportamiento de los jueces y los motivos de sus decisiones en países como Costa Rica, México, Brasil, Argentina, Colombia y Chile.²⁰ Sin embargo, el conocimiento de las cortes

¹⁶ González-Ocantos, *Courts in Latin America...*, *op. cit.*; Josafat Cortez Salinas, “¿Qué es la Decisión Judicial? Notas sobre los estudios judiciales en América Latina”, *Latin American Law Review* 4, (2020): 129-45.

¹⁷ Kapiszewski y Taylor, “Doing Courts Justice? ...”, *op. cit.*; Ríos-Figueroa, “Instituciones para la justicia constitucional en América Latina”, *op. cit.*; González-Ocantos, *Courts in Latin America*, *op. cit.*

¹⁸ Munck, “The past and present of comparative politics” *op. cit.*

¹⁹ *Ídem.*

²⁰ Kapiszewski y Taylor, “Doing Courts Justice? ...”, *op. cit.*; Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, *Tribunales Constitucionales en América Latina*, (México: Poder Judicial de la Federación, 2010); Ríos-Figueroa, “Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994–2002”, *op. cit.*; Chávez, Ferejohn y Weingast, “Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente...”, *op. cit.*; Rodríguez-Raga, “Las estrategias de repliegue de la Corte Constitucional de Colombia 1992-2006”, *op. cit.*; Gretchen Helmke, *Courts under constraints. Judges, generals, and presidents in Argentina*, (Nueva York:

de la región es disparaje: si bien los estudios de caso nos han permitido conocer a profundidad los casos mencionados, en comparación conocemos poco sobre las cortes en Centroamérica, Bolivia o Venezuela.²¹ También se conoce muy poco sobre los poderes judiciales locales, lo que es un vacío importante en la literatura.²² El grueso de los estudios se ha centrado en analizar y explicar el comportamiento de los jueces y tribunales constitucionales y se ha descuidado el ámbito local de los operadores jurídicos y las instituciones jurisdiccionales.²³

Es importante recalcar que los estudios de caso son más útiles para la generación de hipótesis que para la comprobación.²⁴ El estudio de caso para analizar las cortes supremas fue una correcta estrategia metodológica tomando en consideración que el área temática tiene pocos trabajos y análisis.²⁵ Otra característica de los trabajos sobre el Poder Judicial es el problema clásico en la selección de las decisiones judiciales.²⁶ Analizar una decisión judicial y no otras puede perder de vista aspectos importantes de la conducta judicial; el sesgo en la selección supone un problema. Este problema no es exclusivo de los trabajos sobre la cortes latinoamericanos sino que es parte de los estudios de la conducta judicial en Estados

Cambridge University Press, 2005); Beatriz Magaloni, "Authoritarianism, democracy and the Supreme Court: horizontal exchange and the rule of law en México", en *Democratic Accountability in Latin America*, (ed.) S. Mainwaring, C. Welna, (New York: Oxford University Press, 2003) 266-306; Javier Couso y Lisa Hilbink, "Del quietismo al activismo incipiente: las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile", en *Tribunales Constitucionales en América Latina*, (coords.) Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, (México: Poder Judicial de la Federación, 2010) 169-208; Hilbink, *Jueces y política en democracia y dictadura*, *op. cit.*

²¹ Kapiszewski y Taylor, "Doing Courts Justice? ...", *op. cit.*

²² González-Ocantos, *Courts in Latin America...*, *op. cit.*

²³ *Ídem.*

²⁴ John Gerring, "The case study: What it is and what it does", en *The Oxford Handbook of Comparative Politics*, (ed.) Charles Boix y Susan Stokes, (Oxford University Press, 2007).

²⁵ *Ídem.*

²⁶ Kapiszewski y Taylor, "Doing Courts Justice? ...", *op. cit.*

Unidos (Suchman y Mertz, 2010).²⁷ En general, los trabajos en América Latina utilizan Ns pequeñas y en su mayoría son trabajos de carácter cualitativo.²⁸

En suma, podemos decir, retomando la revisión que realizan Kapiszewski y Taylor,²⁹ que los estudios regionales sobre las cortes latinoamericanas presentan un importante desbalance: “si bien se ha producido un cuerpo increíblemente rico de estudios de caso, el campo ha sido menos efectivo en emprender investigación comparada entre países o al interior de los países”.

En el siguiente apartado se hace una breve revisión de los estudios que se han generado en América Latina y que evidencian las características que se describieron como distintivas de la región.

IV. PONER HIPÓTESIS A PRUEBA EN AMÉRICA LATINA: PREGUNTAS Y RESPUESTAS DESDE EL MÉTODO COMPARADO

Shapiro subrayó que los estudios sobre el Poder Judicial y las cortes supremas solamente se habían desarrollado en contextos democráticos y sobre todo habían girado en torno a Estados Unidos.³⁰ Esta era una invitación a preguntarse sobre el papel de las cortes y los jueces en contextos autoritarios. El desinterés en los contextos autoritarios suponía que las cortes eran un espacio cooptado, débil y marginal. Sin embargo, no se ponía énfasis en que el Poder Judicial podía te-

²⁷ Barry Friedman, “Taking law seriously”, *Perspectives on Politics* 4, núm. 2, mayo (2006): 261-76; Jack Knight, “Are empiricists asking the right questions about judicial decisionmaking?”, *Duke Law Journal* 58, núm. 7 (2009): 1531-56; Jonathan P. Kastellec, Jeffrey R. Lax, “Case selection and the study of judicial politics”, *Journal of Empirical Legal Studies* 5, septiembre (2008): 407-46.

²⁸ Kapiszewski y Taylor, “Doing Courts Justice? ...”, *op. cit.*

²⁹ *Ibidem*, 753.

³⁰ Martin Shapiro, “Political Jurisprudence, Public Law, and Post-Consequentialist Ethics: Comment on Professors Barber and Smith,” *Studies in American Political Development* 3 (1989): 88.

ner su propia dinámica interna y de resistencia a pesar de los contextos autoritarios.³¹

La crítica de analizar el comportamiento judicial en otros contextos distintos a Estados Unidos tuvo cierta repercusión en los estudios sobre las cortes latinoamericanas. Algunos análisis se enfocaron en estudios de caso en contextos no democráticos; por ejemplo, Helmke³² comprobó que los jueces son actores estratégicos en condiciones de dictadura en la Argentina: votaban contra el presidente cuando su periodo de gobierno está concluyendo. De esta forma, se distanciaban del Ejecutivo saliente y evitaban posibles sanciones y castigos por parte del presidente entrante. Los jueces no quieren ser destituidos sino que quieren conservar el cargo.

De forma similar, en su estudio sobre México, Magaloni encontró que durante el presidencialismo la Corte estuvo apegada a los intereses del presidente y de la coalición gobernante. Existió una rotación de cargos de jueces y en las decisiones de amparo en los que no estaban involucrados los intereses del presidente mostró cierta independencia.³³ Fue una Corte sujeta a los intereses del presidente en turno y del partido hegemónico.³⁴

Otros estudios comenzaron a incorporar la perspectiva comparada para extraer inferencias a partir de la variación en el tipo de régimen político. El estudio de Hilbink muestra que, durante la dictadura y un periodo considerado democrático en Chile, las decisiones de los jueces no estuvieron apegadas a los valores democráticos liberales ni a los derechos humanos, y tampoco fueron decisiones contrarias al gobierno.³⁵ Esto se puede explicar por dos factores: el primero, una estructura institucional que fomentaba la disciplina de los jueces a las directrices y que amenazaba con el despido en caso

³¹ Tom Ginsburg y Moustafa Tamir, *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes*, (Cambridge UK-New York: Cambridge University Press, 2008).

³² Helmke, *Courts under constraints*, *op. cit.*

³³ Magaloni, "Authoritarianism, democracy and the Supreme Court...", *op. cit.*

³⁴ *Ídem.*

³⁵ Hilbink, *Jueces y política en democracia y dictadura*, *op. cit.*

de desobediencia; y el segundo, una ideología judicial centrada en el apoliticismo de los jueces.³⁶

Los estudios comparados hallaron que en contextos de dictadura, los jueces constitucionales querían mantener el cargo, evitar sanciones; y en contextos autoritarios como el mexicano donde existía una intensa rotación de cargos, los jueces no desafiaban la autoridad presidencial para poder acceder a otros puestos políticos que les permitieran continuar con su carrera.³⁷

Otra línea de estudios se enfocó en las diferencias y similitudes de las decisiones de los jueces constitucionales en entornos de transición. En su comparación de las cortes argentina y brasileña, Diana Kapiszewski encuentra que en temas similares (liberalización económica), cortes de contextos políticos y socioeconómicos similares, los jueces decidieron de manera distinta: mientras que en Argentina las interacciones fueron más dispersas, en Brasil se evidencian patrones más estables que pueden explicarse a partir de una variable clave: las diferencias históricas en la formación de la Corte.

Por otro lado, hay algunos comparativistas que se han enfocado en el contraste de las reformas judiciales recientemente puestas en marcha en América Latina. Este campo de estudios lo podemos ver desde dos frentes: el primero se ha concentrado en las motivaciones que originaron el fortalecimiento de las cortes;³⁸ y el segundo, en los diseños institucionales que generaron estas reformas.³⁹

³⁶ *Ídem.*

³⁷ Helmke, *Courts under constraints*, *op. cit.*; Magaloni, "Authoritarianism, democracy and the Supreme Court...", *op. cit.*; Hilbink, *Jueces y política en democracia y dictadura*, *op. cit.*

³⁸ Jodi Finkel, "Judicial Reform as Insurance Policy: Mexico in the 1990s", *Latin American Politics Society* 47, núm. 1 (2005): 87-113; Andrea Pozas-Loyo y Julio Ríos Figueroa, "Enacting Constitutionalism. The Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America", *Comparative Politics* 42, núm. 3 (2010): 293-311.

³⁹ Patricio Navia y Julio Ríos-Figueroa, "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America", *Comparative Political Studies* 38, núm. 2 (2005): 189-217.

Esta literatura se orienta en dos preguntas: ¿qué explica la existencia de un Poder Judicial poderoso e independiente?, ¿cómo surge una Corte poderosa e independiente?⁴⁰

El método comparado ha permitido comprobar que existe una variedad de diseños institucionales relativos con las variables de independencia judicial y de control constitucional. Los reformadores latinoamericanos consideran que el cambio institucional es el primer paso para dar paso a nuevas conductas judiciales. Los incentivos institucionales del sistema presidencial y del diseño de las Cortes pueden generar distintos tipos de decisiones.

A través de la comparación de los países de América Latina podemos extraer que una de las lecciones de las reformas institucionales es que para garantizar la independencia judicial y la estabilidad de los jueces no son suficientes reformas institucionales. Pese a las reformas que fortalecieron al Poder Judicial, la inestabilidad de las cortes y de los jueces es una constante en parte de la región. Existe un repertorio de prácticas recurrentes para debilitar a las cortes y tribunales y evitar decisiones contrarias a los intereses del gobierno: juicios de responsabilidad contra los jueces que nos son afines, despidos a los jueces, disolución de las cortes y tribunales, o modificación de los integrantes de la Corte. Las cortes y tribunales más inestables son los de Bolivia, Ecuador, Argentina, Venezuela y Perú, y los países de Centroamérica, salvo Costa Rica.⁴¹

⁴⁰ Kapiszewski y Taylor, “Doing Courts Justice?...”, *op. cit.*; Finkel, “Judicial Reform as Insurance Policy”, *op. cit.*; Jodi Finkel, *Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru and Mexico in the 1990s*, (Notre Dame: IN, University of Notre Dame Press, 2008); Pozas-Loyo y Ríos, “Enacting Constitutionalism...”, *op. cit.* Georg Vanberg, “Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment”, *Annu. Rev. Polit. Sci.*, enero (2015); Josafat Cortez Salinas y Grisel Salazar Rebolledo, “La construcción de la independencia y del poder de la Suprema Corte de Justicia en México. Explicando la Reforma Judicial de 1994”, *Estudios políticos* 46, enero (2019): 213-33.

⁴¹ Andrea Castagnola y Aníbal Pérez-Liñán, “Bolivia: el ascenso (y caída) del control constitucional”, en *Tribunales Constitucionales en América Latina*, (coords.) Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, (México: Poder Judicial de la Federación, 2010) 1-46; Basabe-Serrano, *Jueces sin toga...*, *op. cit.*; Gretchen Helmke

Un tema que ha generado mucha discusión en el estudio del Poder Judicial y de los jueces es su relación con el Congreso y el Poder Ejecutivo. La literatura se puede agrupar en las preguntas: ¿cómo se relacionan e interactúan las cortes con las ramas electas y con los demás actores políticos en distintos contextos institucionales?, ¿cuándo y por qué las cortes deciden ser árbitros entre poderes o garantes de los derechos humanos?⁴²

El punto de partida de esta línea de investigación es señalar que una de las relaciones más tensas y problemáticas del Poder Judicial y los jueces es con el Poder Ejecutivo.⁴³

Ahora bien, en esta línea de investigación la hipótesis que se ha puesto a prueba es la de la fragmentación del poder político con distintos resultados. Se ha comprobado que existe una relación de causalidad entre la fragmentación del poder político y un Poder Judicial independiente con la capacidad de decidir en contra de las ramas electas. Al comparar los casos de México, Chile, Colombia, Brasil, la literatura señala que cuando existe fragmentación política las cortes suelen votar contra el presidente.⁴⁴

y Jeffrey K Staton, “El rompecabezas de la política judicial en América Latina: una teoría sobre el litigio, las decisiones judiciales y los conflictos entre poderes”, en *Tribunales Constitucionales en América Latina*, (coords.) Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, (México: Poder Judicial de la Federación, 2010).

⁴² Kapiszewski y Taylor, “Doing Courts Justice?...”, *op. cit.*; Helmke y Ríos-Figueroa, *Tribunales Constitucionales en América Latina*, *op. cit.*

⁴³ Castagnola y Pérez-Liñán, “Bolivia: el ascenso (y caída) del control constitucional”, *op. cit.*; Chávez, Ferejohn y Weingast, “Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente...”, *op. cit.*; Gretchen Helmke y Jeffrey K Staton, “El rompecabezas de la política judicial en América Latina...”, *op. cit.*; Basabe-Serrano, *Jueces sin toga...*, *op. cit.*

⁴⁴ Ríos-Figueroa, “Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994–2002”, *op. cit.*; Chávez, Ferejohn y Weingast, “Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente...”, *op. cit.*; Rodríguez-Raga, “Las estrategias de repliegue de la Corte Constitucional de Colombia 1992–2006”, *op. cit.*; Druscilla Scriber, “Cortes, poder y derechos en Argentina y Chile”, en *Tribunales Constitucionales en América Latina*, (coords.) Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, (México: Poder Judicial de la Federación, 2010) 419-59.

En el tema de derechos humanos, la política comparada entre países puede permitirnos conocer y explicar la forma en la que los derechos humanos se protegen en diferentes países con diferentes contextos.⁴⁵ En los trabajos comparados de la región se destaca que la Corte de Costa Rica, a través de su Sala Cuarta, ha sido una de las más activas en materia de derechos humanos y cuenta con muchas atribuciones para ejercer esta actividad que las demás cortes latinoamericanas.⁴⁶ La Corte colombiana también ha desarrollado una conducta judicial que ha favorecido los derechos humanos. En México, Argentina y Brasil las Cortes han estado más inclinadas a actuar como árbitros entre poderes antes que como garantes de los derechos humanos.⁴⁷

Otra área de análisis comparado es la cultura jurídica de los jueces y magistrados y su impacto en las decisiones. Los trabajos afirman que existe un cambio en la cultura legal latinoamericana en el canon constitucional: hay un amplio debate sobre las transformaciones de paradigma legal del positivismo legal al neoconstitucionalismo y la lectura de los estudiantes de derecho y de los mismos jueces de obras escritas por Dworkin, Alexy y Ferrajoli.⁴⁸

En este mismo sentido es importante en el análisis considerar las formas en las que se interioriza el derecho por parte de los jueces y la cultura jurídica en la región como factores causales en las decisiones de los jueces. Por ejemplo, en Chile las transformaciones en la cultura legal y en el paradigma predominante han favorecido un cambio en las decisiones de los jueces chilenos.⁴⁹ En México se planteó el debate en la Corte entre legalistas contra intérpretaivistas por orientar el papel de la Corte y el sentido de las decisiones.⁵⁰ En Argentina

⁴⁵ Todd Landman, "Comparative Politics and Human Rights", *Human Rights Quarterly* 24, núm. 4, noviembre (2002): 890-923.

⁴⁶ Helmke y Ríos-Figueroa, *Tribunales Constitucionales en América Latina*, *op. cit.*

⁴⁷ *Ídem.*

⁴⁸ Couso y Hilbink, "Del quietismo al activismo incipiente...", *op. cit.*; Hilbink, *Jueces y política en democracia y dictadura...*, *op. cit.*

⁴⁹ *Ídem.*

⁵⁰ Arianna Sanchez, Beatriz Magaloni y Eric Magar, "Legalistas vs Interpretativistas: La Suprema Corte y la transición democrática en México", en *Tribunales*

la educación jurídica a los jueces por parte de las ONGs cambió las orientaciones de los jueces en temas relacionados con derechos humanos y crímenes del pasado.⁵¹

El perfil profesional del juez también se ha considerado de forma comparada como una variable que puede explicar el sentido de sus votos. ¿Qué tipo de jueces son los que ejercen el control constitucional?

Kapiszewski compara el perfil y la cultura jurídica de los jueces argentinos y brasileños para analizar su trayectoria histórica y el comportamiento de las cortes de esos países. En Argentina los jueces tuvieron un perfil profesional endeble y fueron cercanos con los líderes políticos electos, y no tenían mucha experiencia en el ejercicio del control constitucional. Alfonsín y Menem dominaron el perfil de la Corte hasta la ola de remplazos realizados por el presidente Kirchner. En Brasil tanto en dictadura como en democracia el perfil de los jueces fue más profesional, y su perfil más sólido, en comparación con Argentina.⁵²

Por otra parte, en el estudio realizado por Hilbink,⁵³ se evidencia que, para el caso chileno, los jueces de clase media o baja en condiciones institucionales en las que su ascenso dependía de una estructura institucional jerarquizada en la que no se oponían a las directrices marcadas por sus superiores, desarrollaron una ideología conservadora y no tuvieron decisiones apegadas a los ideales del constitucionalismo: límites al poder y respeto a los derechos humanos. Una ideología judicial apolítica en Chile propició un perfil con-

Constitucionales en América Latina, (coords.) Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, (México: Poder Judicial de la Federación, 2010) 317-63.

⁵¹ Ezequiel Gonzalez Ocantos, “Persuade Them or Oust Them: Crafting Judicial Change and Transitional Justice in Argentina”, *Comparative Politics*, (2014).

⁵² Diana Kapiszewski, “¿Árbitro de conflictos, creador de políticas públicas o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en transición”, en *Tribunales Constitucionales en América Latina*, (coords.) Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, (México: Poder Judicial de la Federación, 2010) 261-271.

⁵³ Hilbink, *Jueces y política en democracia y dictadura...*, *op. cit.*

servador de jueces, que en dictadura y democracia no garantizaron los derechos humanos.⁵⁴

Cortez,⁵⁵ comprueba que la renovación organizacional de los equipos de trabajo de los jueces permite la renovación de los criterios jurisprudenciales porque los secretarios de estudio y cuenta son portadores de nuevas ideas jurídicas.⁵⁶

V. CONCLUSIONES: SOBRE EL ESTADO DE LOS ESTUDIOS COMPARADOS EN LOS ESTUDIOS JUDICIALES

La línea de investigación politológica sobre cortes supremas y jueces es joven y reciente. En las últimas décadas se ha avanzado en conocer y en explicar su funcionamiento y sus decisiones, y en este proceso el método comparado ha sido una estrategia utilizada por muchos investigadores. La descripción de los contextos y la clasificación de las cortes y sus decisiones⁵⁷ han permitido distinguir aquellas cortes que tiene decisión apegadas a los derechos humanos de aquellas que han actuado como árbitros entre poderes. El control y la verificación de las hipótesis⁵⁸ desde el supuesto de la elección racional mostraron que los jueces son sofisticados y conscientes de su poder, tanto en dictadura como en democracia. Los estudios de caso resaltaron la profundidad, los contextos y los perfiles de los jueces que ejercen el control constitucional. No obstante, los avances en el campo de los estudios sobre el Poder Judicial sigue vigente la afirmación de Kapiszewski y Taylor,⁵⁹ de que sigue pendiente ampliar la compara-

⁵⁴ *Ídem.*

⁵⁵ Josafat Cortez Salinas, *Ideas, innovación y cambio organizacional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, (México: UNAM/IJ, 2020).

⁵⁶ Josafat Cortez Salinas, "Secretarios de estudio y cuenta en la Suprema Corte de México. Un actor esencial pero olvidado", *Política y Gobierno* 26, núm. 2 (2019): 219-36.

⁵⁷ Landman, "Comparative Politics and Human Rights", *op. cit.*

⁵⁸ Giovanni Sartoti, *Cómo hacer ciencia política*, (Taurus, 2011); Aníbal Pérez-Liñán, "El método comparativo y el análisis de configuraciones causales", *Revista Latinoamericana de Política Comparada* 3 (2010): 125-48.

⁵⁹ Kapiszewski, Diana, M. Taylor Matthew. "Doing Courts Justice?... ", *op. cit.*

ción entre países y en su interior en distintos procesos. Hacen falta estudios que comparen un mayor número de países en determinadas decisiones que nos permitan conocer cómo deciden los jueces sobre un tema en específico en toda la región.

Desde mi perspectiva el paradigma estratégico ha olvidado un aspecto fundamental en la conducta de los jueces: el derecho y las ideas. Hay decisiones de los jueces constitucionales que la mirada estratégica no alcanza a explicar cabalmente. El derecho puede dar cuenta de decisiones que parecen contradictorias y ofrecer nuevas preguntas e hipótesis a desarrollar en el contexto de un modelo continental. Por eso es importante retomar el derecho como variable independiente en los contextos de democracias recientes en donde el estado de derecho regula y sujeta la actividad de los actores políticos.

BIBLIOGRAFÍA

- Ansolabehere, Karina. *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. México: Fontamara, 2007.
- Basabe-Serrano, Santiago. *Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1997-2007)*. Quito: Flacso Ecuador, 2011.
- Borges Lara, Castagnola y Andrea, Pérez-Liñan, Aníbal. “Estructura institucional e inestabilidad en las cortes Latinoamericanas”. *Política y Gobierno XIX* (2012): 3-40.
- Castagnola Andrea y Pérez-Liñán Aníbal. “Bolivia: el ascenso (y caída) del control constitucional”. En *Tribunales Constitucionales en América Latina*, coordinado por Gretchen Helmken y Julio Ríos Figueroa, 1-46. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- Cortez Salinas, Josafat. “Secretarios de estudio y cuenta en la Suprema Corte de México. Un actor esencial pero olvidado”. *Política y Gobierno* 26, núm. 2 (2019): 219-36.
- Cortez Salinas, Josafat. *Ideas, innovación y cambio organizacional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México: UNAM/IIJ, 2020.
- Cortez Salinas, Josafat. “¿Qué es la Decisión Judicial? Notas sobre los estudios judiciales en América Latina”. *Latin American Law Review* 4 (2020): 129-45.

- Cortez Salinas, Josafat y Salazar Rebolledo, G. “La construcción de la independencia y del poder de la Suprema Corte de Justicia en México. Explicando la Reforma Judicial de 1994”. *Estudios políticos* 46 (2019): 213-33.
- Chávez Rebeca, Ferejohn John y Weingast Barry. “Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparado de los Estados Unidos y Argentina”. En *Tribunales Constitucionales en América Latina*, coordinado por Gretchen Helmken y Julio Ríos Figueroa, 371-411. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- Couso, Javier y Hilbink, Lisa. “Del quietismo al activismo incipiente: las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile”. En *Tribunales Constitucionales en América Latina*, coordinado por Gretchen Helmken y Julio Ríos Figueroa, 169-208. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- E. George, Tracey y Epstein, Lee. “On the nature of Supreme Court decision making”. *The American Political Science Review* 86, núm. 2 (1992): 323-37.
- Epstein, Lee y Knight, Jack. “Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead”. *Political Research Quarterly* 53 (2000): 625-61.
- Epstein, Lee y Knight, Jack. *The Choices Justices Make*. D.C: Congressional Quarterly Press, 1998.
- Epstein, Lee y Knight, Jack. “Reconsidering judicial preferences”. *Annu.Rev. Polit.Sci.* (2013).
- Finkel, Jodi. “Judicial Reform as Insurance Policy: Mexico in the 1990s”. *Latin American Politics Society* 47, núm. 1 (2005) 87-113.
- Finkel, Jodi. *Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru and Mexico in the 1990s*. Notre Dame: IN, University of Notre Dame Press, 2008.
- Friedman, Barry. “Taking law seriously”. *Perspectives on Politics* 4, núm. 2, mayo (2006): 261-76.
- Gerring, John, “The case study: What it is and what it does”. En *The Oxford Handbook of Comparative Politics*, editado por Charles Boix and Susan Stokes. Oxford University Press, 2007.
- Gibson, James, “Judicial Institutions”. En *The Oxford Handbook of Political Institutions* editado por Sarah A. Binder, R.A.W Rhodes, Bert A. Rockam. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008.

- Ginsburg T. y Versteeg M. "Why do countries adopt constitutional review?". *J. Law Econ, Organ* 30 (2014): 587-622.
- Ginsburg, T. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge, UK, New York: Cambridge University Press, 2003.
- Ginsburg, Tom y Tamir Moustafa, *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes*. Cambridge UK, New York: Cambridge University Press, 2008.
- Gonzalez Ocantos, Ezequiel. "Persuade Them or Oust Them: Crafting Judicial Change and Transitional Justice in Argentina". *Comparative Politics*, (2014).
- González-Ocantos, Ezequiel. *Courts in Latin America. The Oxford encyclopedia of Latin American Politics*. Nueva York: Oxford University Press, 2019.
- Helmke, Gretchen y Staton, Jeffrey K. "El rompecabezas de la política judicial en América Latina: una teoría sobre el litigio, las decisiones judiciales y los conflictos entre poderes". En *Tribunales Constitucionales en América Latina*, coordinado por Gretchen Helmken y Julio Ríos Figueroa, 371-411. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- Helmke, Gretchen. *Courts under constraints. Judges, generals, and presidents in Argentina*. Nueva York: Cambridge University Press, 2005.
- Helmke, Gretchen y Ríos-Figueroa, Julio, coord. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. México: Poder Judicial de la Federación, 2010.
- Hilbink, Lisa. *Jueces y política en democracia y dictadura. Lecciones desde Chile*. México: México-FLACSO, 2014.
- Kapiszewski, Diana. "¿Árbitro de conflictos, creador de políticas públicas o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en transición". En *Tribunales Constitucionales en América Latina*, coordinado por Gretchen Helmken y Julio Ríos Figueroa, 261-71. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- Kapiszewski, Diana y M. Taylor Matthew. "Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America". *Perspectives on Politics* 6, núm. 4 (2008): 741-67.
- Kapiszewski, Diana. *High Courts and Economic Governance in Argentina and Brazil*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

- Kastellec, Jonathan P. y Lax Jeffrey R. "Case selection and the study of judicial politics". *Journal of Empirical Legal Studies* 5, septiembre (2008): 407-46.
- King, Keohane y Verba. *El diseño de la investigación social. La inferencia científica en los estudios cualitativos*. Madrid: Alianza Editorial, 2005.
- Knight, Jack. "Are empiricists asking the right questions about judicial decisionmaking?". *Duke Law Journal* 58, núm. 7 (2009): 1531-56.
- Landman, Todd. "Comparative Politics and Human Rights". *Human Rights Quarterly* 24, núm. 4, noviembre (2002): 890-923.
- Magaloni, Beatriz. "Authoritarianism, democracy and the Supreme Court: horizontal exchange and the rule of law en México". En *Democratic Accountability in Latin America*, editado por S. Mainwaring y C. Welna, 266-306. New York: Oxford University Press, 2003.
- Mainwaring, Scott y Aníbal Pérez-Liñan. "¿Por qué son importantes las regiones? Especificidades regionales y difusión de la democracia a escala regional". *Revista SAAP* 3, núm. 3, agosto (2009).
- Munck, Gerardo. "The past and present of comparative politics". En *Passion, Craft and Method in Comparative Politics*, coordinado por Munck, Gerardo y Snyder, Richard. Baltimore: The Johns Hopkins U.P., 2007.
- Munck, Gerardo y Snyder, Richard. "Debating the Direction of Comparative Politics: An Analysis of Leading Journals". *Comparative Political Studies* 40, núm. 1 (2007).
- Navia, Patricio y Ríos-Figueroa, Julio. "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America". *Comparative Political Studies* 38, núm. 2 (2005): 189-217.
- Negretto, G. *Making Constitutions: Parties and Institutional Design in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- Pérez-Liñán Aníbal y Castagnola Andrea. "Judicial Instability and Endogenous Constitutional Change: Lessons from Latin America". *British Journal of Political Science* (2015).
- Pérez-Liñán, Aníbal. "El método comparativo y el análisis de configuraciones causales". *Revista Latinoamericana de Política Comparada* 3 (2010): 125-148.

- Pérez-Liñan, Aníbal y Castagnola, Andrea. “Presidential Control of High Courts en Latin American: A Long Term-term View (1904-2006)”. *Journal of politics Latin America* 1, núm. 2 (2009): 87-114.
- Pozas-Loyo, Andrea y Ríos, Julio. “Enacting Constitutionalism. The Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America”. *Comparative Politics* 42, núm. 3 (2010): 293-311.
- Przeworski, Adam y Teune Henry. *The logic of comparative Social Inquiry*. Florida: Krieger Publishing Company, 1970.
- Ríos-Figueroa, Julio. “Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994–2002”. *Latin American Politics and Society* 49, núm. 1 (2007): 31-57.
- Ríos-Figueroa, Julio. “Instituciones para la justicia constitucional en América Latina”. En *Tribunales Constitucionales en América Latina*, coordinado por Gretchen Helmken y Julio Ríos Figueroa, 47-85. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- Ríos-Figueroa, Julio. “Sociolegal Studies on México”. *Annual Review of Law and Social Science* 8 (2012): 307-21.
- Rodríguez-Raga, Juan Carlos. “Las estrategias de repliegue de la Corte Constitucional de Colombia 1992-2006” . En *Tribunales Constitucionales en América Latina*, coordinado por Gretchen Helmken y Julio Ríos Figueroa, 137-168. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- Sanchez, Arianna, Magaloni Beatriz y Magar Eric. “Legalistas vs Interpretativistas: La Suprema Corte y la transición democrática en México”. En *Tribunales Constitucionales en América Latina*, coordinado por Gretchen Helmken y Julio Ríos Figueroa, 317-363. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- Sartoti, Giovanni. *Cómo hacer ciencia política*. Taurus, 2011.
- Solís Delgadillo, Diego y Cortez Salinas, Josafat. “De los quiebres democráticos a los gobiernos de coalición: una revisión del debate sobre el presidencialismo”. *Andamios* 16, núm. 41 (2019): 283-307.
- Scriber, Druscilla. “Cortes, poder y derechos en Argentina y Chile”. En *Tribunales Constitucionales en América Latina*, coordinado por Gretchen Helmken y Julio Ríos Figueroa, 419-459. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

- Segal, Jeffrey A. "Judicial behavior". En *The Oxford Handbook of Law and Politics*, editado por KE Whittington, RD Kelemen, GA Caldeira. Oxford, UK: Oxford Univ. Press, 2008.
- Segal, Jeffrey A, Epstein, Lee, Cameron Charles y Spaeth Harold. "Ideological Values and the Votes in U.S Supreme Court Justices Revisited". *The Journal of Politics* 57, núm. 3 (1995): 812-23.
- Segal, Jeffrey A y Spaeth, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Segal, Jeffrey A y Cover, Albert. "Ideological Values and the Votes in U.S. Supreme Court Justices". *American Political Science Review* 83, núm. 2 (1989): 557-65.
- Shapiro, Martin. "Political Jurisprudence, Public Law, and Post-Consequentialist Ethics: Comment on Professors Barber and Smith". *Studies in American Political Development* 3 (1989).
- Staton J. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. New York: Cambridge Univ. Press, 2010.
- Vanberg, Georg. "Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment". *Annu. Rev. Polit. Sci.* (2015).

LA IMPORTANCIA DE LA ESTRATEGIA DE LA DEFENSA, EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

THE IMPORTANCE OF THE DEFENSE STRATEGY IN THE ACCUSATORY CRIMINAL PROCESS

Oswaldo Villegas Cornejo*

RESUMEN: Es práctica común que, en el litigio penal, la defensa del acusado se limite a conainterrogar a los testigos, peritos y demás órganos de prueba presentados por el Ministerio Público, construyendo, en el mejor de los casos, la estrategia de defensa que ha de seguirse, en el desarrollo del juicio. El trabajo que ahora se presenta plantea centrar la importancia de contar con un plan integral de defensa incluso desde etapas previas al propio juicio, para salir adelante o triunfante en la solución de un asunto que ha sido encomendado por el acusado o sus familiares, un plan que buscará incidir en el ánimo del juez para que resuelva a la controversia en su favor; estrategia que analiza elementos comunes, que puedan ser utilizados a cada uno de los casos encomendados, sin desatender a las particularidades del mismo; también se han identificado y analizado los errores más comunes que se cometen por la defensa del imputado, partiendo de observar cómo se desarrollan los juicios en los tribunales, para finalmente proponer soluciones concretas y sencillas que abonen en la teoría del caso que ha decidido abanderar la defensa del justiciable.

* Doctor en Derecho Constitucional, Penal y Amparo por la Universidad Autónoma de Durango; juez de control y tribunal de enjuiciamiento, actualmente adscrito al Juzgado de Control y Tribunal de Enjuiciamiento de Nezahualcóyotl Estado de México.

PALABRAS CLAVE: Estrategia, defensa, McCormick, errores comunes, aspecto fáctico, aspecto jurídico.

ABSTRACT: *It is common practice that, in criminal litigation, the defendant's defense is limited to cross-examining the witnesses, experts and other bodies of evidence presented by the Public Prosecutor's Office, building, in the best of cases, the defense strategy that must be followed, in the course of the trial. The work that is now presented proposes to focus on the importance of having a comprehensive defense plan, even from the stages prior to the trial itself, to come out ahead or triumphant in the solution of a matter that has been entrusted by the accused or his relatives, a plan that he will seek to influence the mind of the Judge so that he resolves the controversy in his favor; strategy that analyzes common elements that can be used in each of the entrusted cases, without neglecting its particularities; The most common errors committed by the defendant's defense have also been identified and analyzed, starting from observing how the trials are carried out in the Courts, to finally propose concrete and simple solutions that contribute to the theory of the case that has decided to lead the defense of the defendant.*

KEYWORDS: *Strategy, defense, McCormick, common errors, factual aspect, legal aspect.*

Fecha de recepción: 12 de junio de 2023.

Fecha de aceptación: 17 de agosto de 2023.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ESTRATEGIA DE DEFENSA. III. REQUISITOS MÍNIMOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA ESTRATEGIA DE DEFENSA. IV. ERRORES COMUNES EN LA DEFENSA DEL CASO. V. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Siguiendo el método propuesto por Neil McCormick¹, quien a diferencia de los métodos argumentativos que tradicionalmente solemos utilizar, de los que partimos de premisas universales para arribar a

¹ (27 de mayo de 1941 – 5 de abril de 2009), filósofo y jurista del derecho escocés, profesor de Derecho Público y Derecho de la Naturaleza y de las Naciones en la Universidad de Edimburgo.

conclusiones particulares; él construye una teoría de argumentación integradora, partiendo de observar cómo se argumenta en los tribunales británicos (de Inglaterra y Escocia), construyendo una argumentación que va de lo particular a lo universal (método inductivo).

Construye una teoría integradora, procurando armonizar la razón práctica (del deber ser) con una teoría de las pasiones, para lograr un equilibrio entre la racionalidad matemática y las pasiones humanas, pues no olvidemos que la sentencia² finalmente es la toma de la decisión con base a un sentir del juez, considerando su convicción, pero esas decisiones nos son puramente emocionales, sino con notas, tintes o pretensiones de validez universal, pues incluso las sentencias dictadas en un caso concreto pueden ser un referente para la solución de casos posteriores.

McCormick trata en cierto modo, de armonizar la razón práctica kantiana, con el escepticismo humano; de mostrar que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría de las pasiones; de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que dé cuenta tanto de los aspectos formales como los materiales.³

Neil McCormick encontró dos particularidades, al observar las decisiones de los jueces británicos.

- Las decisiones se toman por mayoría simple, pero no hay un sentir del tribunal en general, sino que cada juez emite un fallo individual, existiendo así mayores argumentos y razones que justifican la toma de la decisión.
- Son jueces prácticos, se forman con las soluciones de los casos concretos sometidos a su consideración, hay una ausencia de carrera judicial.

² **Sentencia**, que proviene del latín *sententia*, que es un vocablo formado con el sufijo compuesto *-entia*, sobre la raíz del verbo latín *sentire*, hace referencia a una decisión tomada tras haber percibido los aspectos esenciales del problema planteado, reflexionando sobre ellos, opinión obtenida de la percepción del sentimiento y el pensamiento racional a la vez.

³ Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, (México; Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM, 2013) 107.

Utilizando la metodología propuesta, observando el desarrollo del litigio en los tribunales del estado de México, nos podemos percatar que, normalmente hay una ausencia de estrategia integral en la defensa del acusado, ya que, en muchas ocasiones, los abogados se limitan a interrogar o contra interrogar a los órganos de prueba de la fiscalía, para ir construyendo un el camino la suerte que ha de seguir la defensa de su representado.

II. LA ESTRATEGIA DE DEFENSA

Contar con una estrategia implica tener un plan integral, para salir avante o triunfante en la solución de un asunto que ha sido encomendado por el imputado o sus familiares, plan que buscará incidir en el ánimo del juez para que resuelva a favor del justiciable, ya que lo que busca el acusado es la obtención de resultados en su beneficio.

No existe una estrategia de defensa única, universalmente válida que pueda ser utilizada a todos los casos, pues hay que atender al caso concreto, a las particularidades del asunto, pero sí hay una serie de factores que tomar en cuenta, que incidirán en el éxito de la defensa del caso que ha sido encomendado al abogado.

Lo cierto es que en un proceso pueden diferenciarse sin mayor problema, dos tesis, dos puntos de vista, es decir, dos teorías del caso; la que propone el Ministerio Público y la que propone la defensa. Hay que identificar la materia o el tema central del asunto, y los hechos jurídicamente relevantes, ello permite orientar y plantear las estrategias de acusación y de la defensa.⁴

⁴ Javier Jiménez Martínez, *El aspecto jurídico de la teoría del caso*, (México: Ángel editor, 2012) 82-83.

III. REQUISITOS MÍNIMOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA ESTRATEGIA DE DEFENSA

3.1. *Conocimiento del aspecto fáctico*

Todo caso parte de un hecho fáctico.

El hecho fáctico deber ser penalmente relevante.⁵

Un hecho penalmente relevante debe ser jurídicamente probado por la parte acusadora.

Un hecho factico, penalmente relevante y jurídicamente probado, trae consecuencias jurídico-penales.

El primer requisito siempre será ubicar y determinar el hecho fáctico. Para ubicar y determinar el hecho factico, se debe verificar el contenido de los datos de prueba contenidos en la carpeta de investigación, cuál fue el hecho materia de la formulación de la imputación, el hecho señalado en el auto de vinculación a proceso y el hecho materia de la acusación, atendiendo siempre al principio de inalterabilidad,⁶ ya que en ningún momento se podrá modificar el mismo; se citan los preceptos legales que así lo establecen:

Artículo 19 Constitución Federal

Párrafo Quinto. Todo proceso **se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso...** (el subrayado no es de origen).

Artículo 335. CNPP. Contenido de la acusación

Párrafo segundo. La acusación del Ministerio Público, deberá contener en forma clara y precisa:

⁵ A decir de Enrique Díaz-Aranda, en su libro *Teoría del delito en el juicio oral* (p. 9), cuando intuimos que un hecho puede ser constitutivo de delito, lo primero que hacemos es acudir a las normas para saber si eso está o no prohibido por la ley penal.

⁶ Hesbert Benavente Chorres, en su libro *La etapa intermedia en el proceso penal acusatorio y oral* (p. 21) dice que la vinculación a proceso fija las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se desarrollaron los hechos, y un cambio de la misma (aumentando, disminuyendo o modificando cualquiera de tales circunstancias) no sería, en principio, posible.

...

III. La relación clara, precisa, circunstanciada y específica de los hechos atribuidos en modo, tiempo y lugar, así como su clasificación jurídica;

...

Párrafo tercero. La acusación sólo podrá formularse por los hechos y personas señaladas en el auto de vinculación a proceso, aunque se efectúe una distinta clasificación, la cual deberá hacer del conocimiento de las partes.

Artículo 68 CNPP. Congruencia y contenido de autos y sentencias

Los autos y las sentencias deberán ser congruentes con la petición o acusación formulada...

Artículo 348 CNPP. Juicio

El juicio es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación en el que se deberá asegurar la efectiva vigencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad.

3.2. Conocimiento del aspecto jurídico

Es necesario el conocimiento de los alcances de la ley sustantiva, la que regula el hecho penalmente relevante, que se encuentra previsto en:

- Código penal estatal;
- Código penal federal;
- Leyes generales, o
- Leyes especiales.

Resultando indispensable el conocimiento de la teoría del delito, de los aspectos positivos y negativos de cada categoría jurídico penal. Incluso respecto de la prohibición de beneficios sustanciales o penitenciarios que establezca la ley al delito en particular, para tener un panorama completo de la regulación jurídica del hecho penalmente relevante, llevado a juicio.

3.3. Medios de prueba con que se cuentan

La finalidad de la incorporación de los medios de prueba debe ser en preliminar análisis conclusivo de si el Ministerio Público contará o no con medios de prueba para acreditar su teoría del caso, de aquí que se decida si debe ejercerse una defensa activa o pasiva; a considerar lo siguiente:

Una **defensa activa**. Cuando se pretenda incorporar pruebas suficientes que acrediten el posicionamiento fáctico de la defensa.

Una **defensa pasiva**. Cuando, por parte del agente del Ministerio Público, en un preliminar análisis realizado, no cuenta con pruebas suficientes para acreditar el hecho.

Así, analizado el caso bajo estos parámetros mínimos, es posible establecer un diagnóstico y un pronóstico del caso, contemplando todas las variantes posibles, incluyendo salidas alternas o el procedimiento abreviado; sin descartar el caso adverso de una sentencia condenatoria y su confirmación por Tribunal Superior, para determinar será la estrategia que en el particular deberá seguirse para la defensa del caso planteado, estableciendo esquemas, resúmenes, ideas claras, y representaciones gráficas.

IV. ERRORES COMUNES EN LA DEFENSA DEL CASO

Partiendo de observar cómo se desarrollan los juicios en los Tribunales, se pueden observar diversos errores cometidos por la defensa, se mencionan los más comunes:

ERROR 1. La teoría del caso planteada desde alegatos de apertura

Es común escuchar un argumento en el alegato de apertura por parte del defensor, en el sentido de que:

“... el agente del Ministerio Público no contará con medios de prueba suficientes para acreditar, más allá de toda duda razonable, la comisión del hecho y la responsabilidad penal del acusado, lo que generará en el juez una duda razonable, que traerá como consecuencia la absolución del sentenciado”.

Argumento que deja en evidencia que no hay una claridad suficiente para distinguir entre la insuficiencia probatoria y duda absoluta, ya que la insuficiencia probatoria se presenta cuando no hay medios de prueba idóneos, pertinentes ni en su conjunto suficientes para arribar a la plena convicción de la existencia del delito o de la responsabilidad penal del acusado, mientras que en la duda absoluta hay medios de prueba suficientes, cualitativa y cuantitativamente para dubitar sobre dos o más posibilidades distintas, asequibles y congruentes con base al mismo contexto, y que con facilidad se podría sostener un argumento en un sentido o en otro. Se ilustra jurisprudencialmente:

DUDA Y PRUEBA INSUFICIENTE, DISTINCION ENTRE LOS CONCEPTOS DE.7

En el aspecto de la valoración de la prueba, por técnica, es claro que existe incompatibilidad entre los conceptos de prueba insuficiente y duda absoluta, ya que mientras el primero previene una situación relativa a cuando los datos existentes no son idóneos, bastantes, ni concluyentes para arribar a la plena certidumbre sobre el delito o la responsabilidad de un acusado, esa insuficiencia de elementos incriminatorios justamente obliga a su absolución por la falta de prueba; en tanto que, el estado subjetivo de duda, sólo es pertinente en lo que atañe a la responsabilidad o irresponsabilidad de un acusado, y se actualiza cuando lejos de presentarse una insuficiencia de prueba, las hay en grado tal que son bastantes para dubitar sobre dos o más posibilidades distintas, asequibles y congruentes en base al mismo contexto, ya que con facilidad podría sostenerse tanto un argumento como otro, y en cuyo caso, por criterio legal y en términos del artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se obliga al resolutor de instancia, en base al principio de lo más favorable al reo, a su absolución.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 212998. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Materias(s): Penal. Tesis: I.2o.P. J/54. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Núm. 75, Marzo de 1994, página 28. Tipo: Jurisprudencia.

Así:

- En el caso de insuficiencia probatoria se puede abanderar una defensa pasiva.
- En caso de que la intención sea plantear duda absolutoria. Se deben incorporar medios de prueba bastantes, para que el juez pueda dubitar válidamente en un sentido o en otro.
- Sin olvidar que los acuerdos probatorios trascienden en la toma de decisión, por lo que, con independencia de que se abandere una defensa activa o pasivo; solo se deben celebrar aquellos que no perjudiquen a la teoría del caso que se va a defender.

ERROR 2. Considerar en que la ausencia de testigos presenciales de los hechos o la existencia de un testigo único, conlleva a una sentencia absolutoria.

No debe pasar por alto que existen tres tipos de probables escenarios en la comisión de un delito, y de qué cada uno ha de probarse de manera diferente, se esquematiza:

ESCENARIO EN QUE SE COMETIÓ EL DELITO	MANERA DE ACREDITARLO O PROBARLO
1. Cuando el delito se comete en presencia de pluralidad de testigos.	Con la pluralidad de los testigos y demás elementos probatorios, que corroboren las versiones imputativas.
2. Cuando el delito se comete únicamente en presencia de la víctima.	Con el testimonio de la víctima y demás elementos probatorios, que corroboren su versión imputativa.
3. Cuando el delito se comete en ausencia de testigos, por haber perdido la vida la víctima en los hechos.	Mediante la prueba circunstancial.

Así de acuerdo a nuestro esquema, debe considerarse que el solo hecho de no existir testigo presencial alguno o la presencia de un testigo único, no conlleva necesariamente a la absolución del acusado.

Es necesario diferenciar entre el **testigo singular** y el **testigo único**, pues el testigo único se presenta cuando el hecho que se soporta con el dicho de la única persona que lo presencié, mientras que el **testigo singular** se actualiza cuando existen pluralidad de testigos de los hechos, pero este se pretende probar con la declaración de una sola persona, y esa prueba testimonial, no se encuentra apoyada por otro medio que le dé margen de credibilidad. Nos ilustra al respecto la tesis aislada que se inserta:

TESTIGO SINGULAR Y TESTIGO ÚNICO. SUS DIFERENCIAS.⁸

En el procedimiento penal se reconoce como medio de prueba la testimonial, y cuando se desahoga la declaración respectiva, pueden encontrarse las figuras jurídicas de los testigos único y singular, las cuales difieren entre sí en cuanto a su significado, vinculado no sólo con el número de deponentes o personas que declaran, sino también con el hecho de estar o no corroborado su testimonio con otro tipo de medio probatorio, pues mientras que la figura del **testigo “único”** se presenta cuando el hecho que se pretende probar se soporta con el dicho de la única persona que lo presencié, pues, su dicho, sí puede corroborarse con otros medios de prueba (documentos, periciales, indicios, etcétera), en cambio, en el caso del **testigo “singular”**, independientemente de que el hecho se pretende probar dentro del procedimiento sólo con la declaración de una persona, esa prueba, la testimonial, no se encuentra apoyada por otro medio que le dé margen de credibilidad, por eso su valor convictivo se reduce no sólo por el aspecto cuantitativo del declarante individual, sino también por la deficiencia cualitativa, al no apoyarse con otra clase de pruebas; así, la diferencia esencial de los testimonios consiste, además del citado aspecto cuantitativo, en que mientras el testimonio único puede verse apoyado o corroborado con medios convictivos de otra índole, como periciales o indicios en general, el de carácter “singular” se encuentra aislado y no cuenta con otro tipo de soporte; de ahí la “singularidad” y reducido valor convictivo potencial.

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2002208. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materia: Penal. Tesis: II-I.2o.P.9 P (10a.). Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 3, página 1947. Tipo: Aislada.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Ahora, respecto de la prueba circunstancial en el sistema acusatorio, si bien es cierto existe una tesis del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla, (cuyo registro digital para consulta es 2024139) que establece que la prueba circunstancial se concibió en el sistema penal inquisitivo, como un elemento de carácter subsidiario o excepcional, y que es opuesta a la lógica del actual sistema acusatorio y oral, no debemos olvidar que esta tesis es de carácter aislada y que existe jurisprudencia local, perteneciente al Segundo Tribunal de Alzada en Materia Penal de Texcoco, en la que se establece, que al valorar las pruebas, bajo una apreciación conjunta, íntegra y armónica, se puede lograr acreditar más allá de toda duda razonable, si la persona sometida a proceso es responsable o no una conducta típica; misma que se inserta en su rubro y texto:

RUBRO: PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, CUÁNDO ES APTA PARA FORMAR PRUEBA PLENA.⁹

TEXTO: La prueba circunstancial se basa en el valor incriminatorio de indicios, que tienen como punto de partida hechos y circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido; esto es: un dato por complementar, una incógnita por determinar, una hipótesis por verificar; lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación de los culpables o acerca de las circunstancias del acto incriminado, por lo que, de las pruebas valoradas, bajo una apreciación conjunta, íntegra y armónica, se logran acreditar más allá de toda duda razonable, si la persona o personas sometidos a proceso son responsables o no de desplegar una conducta típica punible. La palabra “indicio” refiere a un fenómeno percibido que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. El indicio es un hecho plenamente probado e íntimamente relacionado con el hecho que se desea probar; por ende, al realizarse la actividad valorativa, en forma libre y lógica, con

⁹ Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL DE ALZADA EN MATERIA PENAL DE TEXCOCO Instancia: Segundo Tribunal de Alzada en Materia Penal de Texcoco. Toca 103/2019. Votación: Unanimidad. 8 de mayo de 2019. Ponente: Eduardo Alejandro Jaramillo Salgado.

base en tal apreciación (conjunta, integral y armónica), que impone la libre convicción a través de la prueba razonada, motivada y fundamentada, debe determinarse si en el caso en estudio:

1) los indicios se probaron, 2) no tienen vicios formales, 3) guardan una relación lógica y natural con la conclusión, 4) son concordantes y unívocos, 5) no se trata de un solo indicio, y 6) producen certeza.- Así, sin vulnerar el principio de presunción de inocencia de los justiciables -pues no se soslaya que también las respectivas Defensas, tienen su propia teoría del caso- si ninguna de ellas queda acreditada, y aunque al acusado no corresponde la carga de probar su inocencia, sin embargo, al no probar su postura con elementos de convicción eficaces, si al realizarse la valoración de las pruebas en términos de los artículos 265 y 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se consideran actualizados los extremos del ordinal 402, párrafo tercero, primera hipótesis del cuerpo de leyes citado, el juzgador logra adquirir la convicción, más allá de toda duda razonable, de la responsabilidad de la comisión del hecho por el que se siguió el juicio.

ERROR 3. Llamar a deponer a un órgano de prueba con quien no se ha tenido contacto previo.

Se debe considerar que, si bien es cierto de que existe la posibilidad de incorporar medios de prueba por parte de la defensa, aún y cuando no haya registro de una entrevista en la carpeta de investigación, no siempre es recomendable llamar a rendir testimonio a una persona, cuando no se ha tenido previo contacto con la misma y por ende no se sabe sobre su disponibilidad o el sentido de su deponer.

ERROR 4. Considerar que la acreditación de los actos de tortura necesariamente incidirá en las cuestiones de fondo del asunto.

Debemos tomar en consideración que el acreditamiento de actos de tortura en la persona del acusado, no necesariamente trae como consecuencia su absolución, pues que los alcances de la acreditación de los **actos de tortura** en un proceso penal son:

- A. La exclusión de la información o los medios de prueba obtenidos por esos medios, además de que.

- B. Los elementos policiacos o particulares que hayan intervenido en actos de tortura deban ser sancionados penal y/o administrativamente.

Nos ilustra al respecto la tesis aislada cuyo rubro es: TORTURA. ES INNECESARIO ORDENAR EN EL AMPARO DIRECTO LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA QUE SE INVESTIGUE ESE TIPO DE ACTOS COMO VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS, SI SE ACTUALIZAN VIOLACIONES PROCESALES QUE DAN LUGAR A PRESCINDIR DE LA CONFESIÓN DEL QUEJOSO O ALGÚN OTRO ACTO AUTOINCRIMINATORIO.¹⁰

V. CONSIDERACIONES FINALES

No podemos descartar el hecho de que el acusado se encuentre frente a una imputación falsa, pero en ese caso será necesario acreditar los motivos que tuvo de la víctima, el ofendido o los testigos de cargo para atribuirle falsamente la comisión de un delito, pues de lo contrario prevalecerán las pruebas de cargo sobre las de descargo.

Mayores razones al respecto podemos encontrarlas en la jurisprudencia cuyo rubro es: PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. LAS IMPUTACIONES DE CARGO PREVALECEAN SOBRE LAS DE DESCARGO -CON INDEPENDENCIA DEL NÚMERO DE PERSONAS QUE LAS EMITAN Y DE QUE CONTRADIGAN LA IMPUTACIÓN HACIA EL INCULPADO-, SI ÉSTAS NO JUSTIFICAN LA POSIBLE ANIMADVERSIÓN O MOTIVO POR EL CUAL LOS TESTIGOS DE CARGO HABRÍAN DE SEÑALAR A UNA PERSONA DISTINTA DEL VERDADERO CULPABLE O AUTOR DEL HECHO IMPUTADO, SOBRE TODO SI LA VERSIÓN DE LAS VÍCTIMAS SE CORROBORA CON EL RESTO DE LAS PRUEBAS.¹¹

¹⁰ Época: Décima Época. Registro: 2019570. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 22 de marzo de 2019 10:25 h. Materia(s): (Constitucional, Común). Tesis: II.3o.P.53 P (10a).

¹¹ Época: Décima Época. Registro: 2010041. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial

Además, no olvidar que:

El juzgador deberá de privilegiar el derecho de defensa. Pues si bien el proceso parte de un principio de igualdad entre las partes, se trata de un litigio entre un ente del Estado (representado por el Fiscal) en contra un particular que es el acusado, por lo que existen supuestos en los que al acusado y su defensa se les debe dar un trato diferenciado a su favor, establecido así tanto doctrinaria, legal, como jurisprudencialmente.

Ejemplos: para auxiliarle a la comparecencia de sus testigos y demás medios de prueba, ofrecimiento de pruebas nuevas, suplencia de la deficiencia de la queja, e incluso ante la ausencia de agravios, entre otros.

Los supuestos particulares pueden tener apoyo en las siguientes tesis:

MEDIOS DE PRUEBA EN LA AUDIENCIA INTERMEDIA. EL HECHO DE QUE EL JUEZ DE CONTROL EXCLUYA LOS QUE OFRECIÓ EL IMPUTADO PARA JUSTIFICAR SU VERSIÓN DEFENSIVA O TEORÍA DEL CASO, POR NO TENERSE REGISTROS DE ÉSTOS EN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO QUE AMERITA SU REPOSICIÓN, POR AFECTAR EL DERECHO DE DEFENSA ADECUADA Y TRASCENDER AL RESULTADO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA.¹²

RECURSO DE APELACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL. EL ARTÍCULO 470, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, QUE ESTABLECE SU INADMISIBILIDAD CUANDO EL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN CAREZCA DE FUNDAMENTOS DE AGRAVIO O DE PETICIONES CONCRETAS, ES INAPLICABLE PARA EL INCULPADO.¹³

de la Federación. Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo III. Materia: Penal. Tesis: II.2o.P.J/8 (10a.). Página: 1828.

¹² Época: Décima Época. Registro: 2014421. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 02 de junio de 2017 10:08 h. Materia(s): (Común, Penal). Tesis: I.1o.P.54 P (10a.)

¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2022957. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Penal. Tesis:

RUBRO: PRUEBA SUPERVENIENTE. SU ADMISIÓN DEBE TOMAR EN CONSIDERACIÓN EL DERECHO HUMANO DE DEFENSA ADECUADA, COMO PARTE DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.¹⁴

BIBLIOGRAFÍA

AtiENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. México: Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM, 2013.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Teoría del delito en el juicio oral*. México: Straf, 2012.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *El aspecto jurídico de la teoría del caso*. México: Ángel editor, 2012.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 22ª, 10 tomos. España: Espasa, 2001.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2019.

Código Nacional de Procedimientos Penales, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de agosto de 2019.

Sitios consultables en internet

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>>.

I.9o.P.306 P (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 85, Abril de 2021, Tomo III, página 2340. Tipo: Aislada (JURISPRUDENCIA ESTATAL) SEGUNDA ÉPOCA. SALAS COLEGIADAS. MATERIA: PENAL. III.1SCP.008A.2ª.

¹⁴

LA VALORACIÓN PROBATORIA COMO UNA HERRAMIENTA ARGUMENTATIVA E INTERPRETATIVA EN MATERIA DE ANTICORRUPCIÓN

Brenda Castillo Muñoz*

RESUMEN: Este trabajo tiene como propósito determinar la importancia del sistema de valoración probatoria y el estándar de prueba como herramientas argumentativas en el análisis que realiza el órgano resolutor en los temas de corrupción en México; para ello se hace una explicación de la regulación de este fenómeno, a nivel nacional e internacional, para aterrizar en la forma en que se regula en nuestro país, los tipos de responsabilidades y delitos, así como la manera en que se valora y analizan las pruebas en nuestro sistema jurídico.

PALABRAS CLAVE: Anticorrupción, pruebas, sistema de valoración, estándar de prueba responsabilidades, delitos.

ABSTRACT: *The purpose of this work is to determine the importance of the evidentiary assessment system and the standard of proof as argumentative tools in the analysis carried out by the adjudicating body on corruption issues in Mexico; For this purpose, an explanation of the regulation of this phenomenon is made, at a national and international level, to land on the way in which it is regulated in our country, the types of responsibilities and crimes, as well as the way in which it is valued. and analyze the evidence in our legal system.*

KEYWORDS: *Anti-corruption, evidence, assessment system, standard of proof of responsibilities, crimes.*

Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2023.

Fecha de aceptación: 19 de septiembre de 2023.

* Académica de la Facultad de Estudios Superiores de Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México, del Instituto Nacional de Ciencias Penales, de la Universidad del Claustro de Sor Juana, del Centro de Estudios de Posgrado; del Instituto Nacional de Desarrollo Jurídico; y, del Instituto de Posgrado en Ciencias Penales y Política Criminal.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SISTEMA INTERNACIONAL. III. SISTEMA INTERAMERICANO. IV. LA OCDE Y EL T-MEC, V. SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN. VI. RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS Y PENALES VII. SISTEMA DE VALORACIÓN PROBATORIA. VIII. LA PRUEBA TASADA Y LA SANA CRÍTICA. IX. ESTÁNDAR DE PRUEBA COMO CRITERIO ARGUMENTATIVO EN EL ÓRGANO RESOLUTOR. X. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La lucha contra la corrupción requiere de diversos mecanismos para prevenirla y combatirla, dentro de estos últimos están aquellos realizados por órganos internos de control y órganos jurisdiccionales, quienes utilizan métodos, técnicas, criterios de interpretación y argumentación en la toma de decisiones.

II. SISTEMA INTERNACIONAL.

Derivados de los diversos instrumentos internacionales como la Convención Anticohecho, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción y el Tratado de Libre Comercio, el Estado Mexicano se comprometió a prevenir, investigar y sancionar la corrupción.

Lo anterior, porque se trata de un delito transnacional;¹ que entre las tantas medidas adoptadas Naciones Unidas ha intentado combatir de diversas formas, entre otras, con la Resolución A/RES/3514 (XXX) de 15 de diciembre de 1975;² con el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente,³ en el que los Estados miembros se comprometieron a adoptar medidas contra la corrupción en el plano internacional;⁴ así como con la Re-

¹ Jaime Cárdenas. *Herramientas para enfrentar la corrupción*. (México: Biblioteca Jurídica Virtual del IJ-UNAM) 51 <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2770/5.pdf>>.

² <<https://undocs.org/en/A/RES/3514>> (XXX).

³ Celebrada en Viena, Austria, del 10 al 17 de abril de 2000.

⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal 1955-2010, 55 años de logros*.

solución 1992/50⁵ sobre enriquecimiento fraudulento.⁶ Instrumentos que condujeron a la elaboración de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción;⁷ en la que se señala a la corrupción como una amenaza;⁸ por lo que entre diversos puntos abordados destacan los relativos a las medidas orientadas al endurecimiento en las penas por este tipo de delitos;⁹ así como, la protección de testigos, peritos, familiares, víctimas y denunciantes.¹⁰

III. SISTEMA INTERAMERICANO

La Convención Interamericana contra la Corrupción de 29 de marzo de 1996, es el primer instrumento jurídico que aborda ese fenómeno definiendo los tipos de conducta;¹¹ los sistemas de protección a los denunciantes; las formas de jurisdicción;¹² el ámbito de aplicación;¹³ las medidas preventivas, entre otras.

Además, para propiciar el desarrollo de esa convención se creó el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) mediante la coo-

(Austria, 2010) 13. Consúltese en <https://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/55years_ebook_es.pdf>.

⁵ De la Comisión de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas.

⁶ Comisión de Derechos Humanos. *Informe sobre el 48º periodo de sesiones*. (Nueva York: Naciones Unidas, 1992) 118-19, <<https://digitallibrary.un.org/record/files>>.

⁷ Adoptada el 4 de diciembre de 2000 y de la que México fue sede en la conferencia realizada en Mérida en 2003.

⁸ Para la democracia, la seguridad, la justicia, el desarrollo sostenible y el impero de la ley, poniendo énfasis en los vínculos con la delincuencia organizada, así como el desvío de los activos.

⁹ Artículo 30.

¹⁰ Artículos 31 y 33.

¹¹ Enriquecimiento ilícito, soborno, incluido el internacional, obtención general de beneficios ilícitos, aprovechamiento doloso, ocultación de bienes, asociaciones ilícitas.

¹² Territorial, personal y universal.

¹³ Irretroactividad y prescripción.

peración de los Estados parte;¹⁴ y, dicha cooperación es retomada en torno a los sistemas de justicia por la Corte¹⁵ y la Comisión¹⁶ Interamericana de Derechos Humanos.¹⁷

IV. LA OCDE Y EL T-MEC

El 21 de noviembre de 1997, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) aprobó la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Convención Anticohecho), que consagra el principio de la responsabilidad de las personas jurídicas (no solo a particulares) considerando a la corrupción como delito principal; así como la necesidad de que sean extraditados los agentes extranjeros que sean sometidos a procesos de corrupción.

Mientras tanto, el 30 de noviembre de 2018, México, Canadá y Estados Unidos celebraron un acuerdo comercial de libre comercio, que ha sido identificado como T-Mec,¹⁸ el capítulo 27 se propone combatir y tipificar la corrupción como delito cuando se afecten el comercio o la inversión internacional, por parte de un funcionario público, para su beneficio o el de otra persona o entidad.

¹⁴ El 4 de junio de 2001, en el marco de la Asamblea General de la OEA se aprobó su creación en el “Documento de Buenos Aires sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción” y comenzó a operar en enero de 2002.

¹⁵ Caso Andrade Salmón vs. Bolivia de 1 de diciembre de 2016, que relaciona los procesos penales contra las víctimas del caso por las conductas ilícitas relacionadas con la administración de fondos públicos. Consúltense en <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf>.

¹⁶ En el Informe de Admisibilidad No. 105/13, Petición 514-00, Oscar Alfonso Morales Díaz y familia vs. Colombia, de 5 de noviembre de 2013, relativo con las amenazas de muerte y un atentado de la víctima que tuvo que salir del país por la denuncia que hizo a funcionarios por hechos de corrupción. Localizado en el apartado de Informe sobre peticiones y casos de la página de la OEA. Consúltense en <<https://www.oas.org/es/cidh/migrantes/decisiones/cidh.asp>>.

¹⁷ Resolución 1/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominada “Corrupción y Derechos Humanos” de 2 de marzo de 2018.

¹⁸ Entró en vigor el 1 de julio de 2020.

Como se puede advertir, a nivel internacional se han realizado diversos esfuerzos, en el apartado de cooperación internacional a los diversos instrumentos internacionales, en los que se han establecido una serie de disposiciones encaminadas a combatir, tipificar y monitorear el fenómeno de la corrupción.

V. SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

La implementación del Sistema Nacional Anticorrupción en nuestro país fue consecuencia de una serie de reformas que culminaron con el establecimiento del actual sistema, reformas que podemos esquematizar en el siguiente cuadro:



Elaboración propia

La implementación en 2015, del Sistema Nacional Anticorrupción¹⁹ estuvo formada por una triada (la fiscalización, la transparencia y la protección de datos personales).

¹⁹ El 27 de mayo de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan los artículos 22, 28, 41, 73, 74, 76, 79, 104, 108, 109, 113, 114, 116 y 122 constitucionales.

Para la fiscalización se creó un nuevo esquema de responsabilidades administrativas, en donde al Tribunal Federal de Justicia Administrativa se le incorpora una nueva competencia para resolver y sancionar a los servidores por las faltas administrativas graves y de las faltas administrativas cometidas por los particulares, creando para ello una tercera sección especializada de la sala superior.

Entorno al segundo punto se publicaron la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública;²⁰ así como la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental,²¹ pues la transparencia además de combatir la corrupción coadyuva²² en el fortalecimiento del Estado²³ y va de la mano con la rendición de cuentas.²⁴ Para ello se reguló el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales,²⁵ al que se le dota de autonomía con la reforma a los artículos 116 y 122 de nuestra carta magna iniciando, con ello, el Sistema Nacional de Transparencia de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos;²⁶ lo que propició la regulación de dos Plataformas,

²⁰ Que en su artículo 1 garantiza el acceso de toda persona a la información en posesión de los poderes de la unión, los organismos constitucionales autónomos o con autonomía legal y cualquier entidad federal.

²¹ 9 de mayo de 2016.

²² Artículo 2 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que establece los principios, bases y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información de cualquier autoridad de los poderes de la unión, los órganos autónomos, partidos políticos, sindicatos, fideicomisos y fondos públicos.

²³ Hiram Raúl Piña-Libiem, "Transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción en México", *Prospectiva Jurídica* 8, núm. 16, julio-diciembre (2017): 5-6, <<https://prospectivajuridica.uaemex.mx/article/view/11415>>.

²⁴ OCDE Mejores políticas para una vida mejor, <<http://www.oecd.org>>.

²⁵ En la reforma de 7 de febrero de 2014, se convirtió en un órgano constitucional autónomo garante del acceso a la información y protección de datos personales.

²⁶ Integrado por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), el Archivo General de la Nación (AGN), la Auditoría Superior de la Federación (ASF) y los treinta y dos organismos garantes (artículo 30 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

por un lado, la Plataforma Nacional de Transparencia,²⁷ encargada de facilitar la interoperabilidad entre datos que ya fueron generados, y por otro lado, la Plataforma Digital Nacional,²⁸ que tiene por objeto de integrar y conectar sistemas informativos²⁹ (incorporados por los integrantes del Sistema Nacional Anticorrupción y del Sistema Nacional de Fiscalización).³⁰

VI. RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS Y PENALES

En cuanto a las responsabilidades administrativas de los servidores públicos se reformó el título cuarto constitucional, en el cual se dejan sentados los principios que rigen su actuación, las sanciones que se imponen, si se cometen alguna de las faltas consideradas como hechos de corrupción;³¹ además, se indica que las sanciones por la comisión de delitos por parte de cualquier integrante del servicio público o particulares, que incurran en hechos de corrupción, serán en

²⁷ Como un instrumento que unifica y facilita el acceso a la información pública gubernamental y potencia el ejercicio del derecho a la información pública.

²⁸ Artículo 9, fracciones XII, XIII y XVI, artículo 21, fracción VII, inciso b); artículo 35, fracción X y título cuarto de la LGSNA.

²⁹ a) Sistema de evolución de intereses y constancia de presentación de declaración fiscal; b) Sistema de los servidores públicos que intervengan en procedimientos de contrataciones públicas; c) Sistema de servidores públicos y particulares sancionados; d) Sistema de información y comunicación del Sistema Nacional y del Sistema Nacional de Fiscalización; e) Sistema de denuncias públicas de faltas administrativas y hechos de corrupción; y, f) Sistema de información pública de contrataciones.

³⁰ Artículo 49 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; dicho sistema está integrado por la Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública, las entidades superiores de fiscalización local y las secretarías o instancias homólogas de las entidades.

³¹ Al respecto, conviene precisar que la comisión de delitos por parte de cualquier servidor público que incurra en hechos de corrupción, será sancionada en términos de la legislación **penal**; asimismo, se le aplicarán sanciones administrativas si afectan los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, que deba observar en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, sin que con tal proceder se transgreda el principio *non bis in idem*, que prohíbe al acusado ser enjuiciado dos veces por el mismo delito.

los términos de la legislación penal aplicables. Por tal motivo, se crea la Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción, como órgano autónomo, encargado de investigar y perseguir actos de corrupción.

La nueva Ley General de Responsabilidades Administrativas, promueve la integralidad del funcionario público, la declaración de conflictos de intereses y de bienes estableciendo un régimen de prohibiciones, inhabilitaciones e incompatibilidades en el ejercicio del servicio público; estableciendo un procedimiento integrado por autoridades: una será la investigadora,³² otra, será la substanciadora;³³ y, otra más la resolutora.³⁴ En cuanto a las faltas, este ordenamiento la clasifica como faltas administrativas no graves de los servidores;³⁵ faltas administrativas graves de los servidores públicos;³⁶ actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves;³⁷ y, faltas de particulares en situación especial.³⁸ Dentro de las faltas graves³⁹ encontramos al cohecho, al peculado, al desvío de recursos, a la utilización indebida de información, al abuso de funciones, a la actuación bajo conflicto de interés, a la contratación indebida, al enriquecimiento oculto u ocultamiento de conflicto de interés, al tráfico de influencias, al encubrimiento, al desacato y a la obstrucción de justicia. Además, se precisa como faltas de particulares el soborno, la participación ilícita en procedimientos administrativos, el tráfico de influencias, la utilización de información falsa, la obstrucción de

³² Adscrita a los órganos de control encargados de investigar las faltas administrativas, cuya función culmina con un acuerdo de archivo o informe de presunta responsabilidad administrativa.

³³ Secretaría o los órganos de control que dirigen y conducen el procedimiento de responsabilidad administrativa desde la admisión del informe de presunta responsabilidad, hasta la conclusión de la audiencia inicial (cuando se trate de faltas graves) y hasta alegatos (cuando se trate de faltas no graves).

³⁴ Que será la adscrita a los órganos de control o el servidor que estos designen (para faltas no graves) y los tribunales contenciosos (para las faltas graves y de particulares).

³⁵ Artículos 49 y 50 LGRA.

³⁶ Artículos 51 a 64 Ter LGRA.

³⁷ Artículos 65 a 72 LGRA.

³⁸ Artículo 73 LGRA.

³⁹ Artículos 52 a 64 de la LGRA.

facultades de investigación, la colusión, el uso indebido de recursos públicos, la contratación indebida, el exigir, solicitar, aceptar, recibir o pretender recibir algún beneficio a cambio de otorgar u ofrecer una ventaja indebida en el futuro en caso de obtener el carácter de servidor público.

En cuanto a las responsabilidades penales nuestra Constitución refiere que son sujetos de responsabilidad por hechos de corrupción los representantes de elección popular; los integrantes del Poder Judicial de la Federación, los funcionarios, empleados, así como toda persona que desempeñe una comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal y sus equivalentes en el ámbito local; siendo necesaria una declaración de procedencia para los servidores que gozan del fuero constitucional.⁴⁰

En el Código Penal Federal se elevaron las sanciones a funcionarios de alto nivel, legisladores y empresarios, contemplando como sanciones la destitución o inhabilitación;⁴¹ como una medida adicional a la que les llegaren a imponer por la comisión de los delitos de corrupción; quedando tipificados como delitos por hechos de corrupción, en cuanto al servicio público: el ejercicio ilícito del mismo; el abuso de autoridad; la coalición de servidores públicos; el uso ilícito de atribuciones o facultades; el pago y recibo indebido de remuneraciones; la colusión, la intimidación, el ejercicio abusivo de funciones, el tráfico de influencia, el cohecho a servidores públicos extranjeros, peculado y enriquecimiento ilícito.

VII. SISTEMAS DE VALORACIÓN PROBATORIA

En el tema de las pruebas hay que tener presente tres elementos: 1) la carga de la prueba (quien debe probar), 2) la libertad probatoria

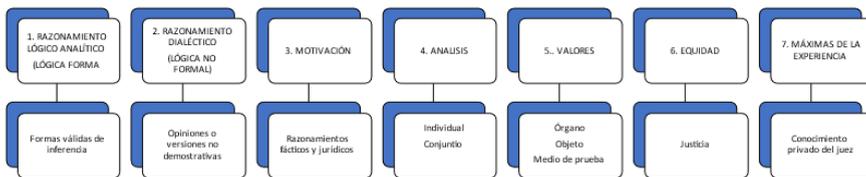
⁴⁰ Artículo 111 constitucional.

⁴¹ Para desempeñar cargo público, participar en adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios, construcción de obras públicas y concesiones en el caso de particulares.

(qué probar) y 3) cómo probar (sistemas de valoración). En cuanto al tercer punto hay que recordar que existen diversos sistemas en la valoración de las pruebas: la tasada o tarifario, en la que la ley establece la valoración;⁴² la íntima convicción,⁴³ en la que el juzgador no tiene una norma orientadora; y, la sana crítica⁴⁴, que es un sistema ecléctico entre la prueba legal y la libre convicción.

En el sistema de la sana crítica, permea el convencimiento del órgano jurisdiccional ha de partir, de la valoración del material probatorio y de las afirmaciones fácticas procesalmente fijadas, pero siguiendo las leyes de la lógica, de la experiencia y de la naturaleza.

Reglas de la Sana Crítica



Ahora bien, para el dictado de resoluciones y sentencias en el sistema nacional anticorrupción, las autoridades jurisdiccionales o administrativas deben tomar en cuenta ciertas reglas establecidas sobre todo en el sistema de valoración de las pruebas, que encontramos en cierta etapa del procedimiento (en la etapa preparatoria) y del proceso (etapa probatoria).

⁴² En el que la ley impone múltiples restricciones a los juzgadores para que ciertos hechos se prueben solo de un modo determinado y no de otro; este sistema fija previamente el valor de los medios de prueba y establece taxativamente las condiciones, positivas y negativas, que los elementos de prueba pueden reunir para deducir el grado de convicción de cada una de ellas.

⁴³ Propio de un enjuiciamiento de carácter acusatorio, no tiene ninguna norma legal orientadora y menos indicadora del valor que los jurados deben asignarles a las pruebas, salvo las denominadas “reglas de exclusión y de evidencia” impuestas por la jurisprudencia.

⁴⁴ En el cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines.

Las declaraciones de testigos, las solicitudes de información o los datos, diligencias de peritos, comunicaciones por medios electrónicos, inspecciones, etcétera, son el eje objetivo, pero estas requieren de una serie de inferencias lógicas y argumentativas, que realiza el juzgador mediante la valoración probatoria; pero esta actividad, en el nuevo sistema procesal, requiere del cumplimiento de una serie de reglas, pues el sistema anterior exigía acreditar la verdad absoluta de los hechos conforme a reglas que predeterminan ese valor, mientras que en el sistema acusatorio, el estándar solo exige esclarecer los hechos para crear una convicción objetiva en el juez

Por ello, en la sana crítica no bastan los motivos del juez, sino que se requiere de la razón y de la lógica, para justificar la coherencia entre la actividad probatoria practicada y las consecuencias de ella deducidas por el juzgador y, por ello, es importante que se sigan una serie de reglas, en las que se tome en cuenta el razonamiento, la motivación, el análisis, los valores, la equidad y la experiencia.

Sin embargo, el sistema de valoración de pruebas no es el único instrumento que tiene el resolutor en la argumentación probatoria, en ocasiones es necesario que también tome decisiones entre la relevancia de una prueba frente a otra y para ello requiere de otra herramienta, como el estándar de prueba.

VIII. LA PRUEBA TASADA Y LA SANA CRÍTICA

En la Ley General de Responsabilidades Administrativas,⁴⁵ que abrogó a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos,⁴⁶ las reglas probatorias se estandarizan en beneficio de la seguridad jurídica en uno de los aspectos que más impactan desde la investigación, pasando por el desarrollo del procedimiento hasta el dictado de la sentencia.

La anterior ley remitía en forma supletoria al Código Federal de Procedimientos Civiles, la presente ley establece en el artículo 118

⁴⁵ De 18 de julio de 2016.

⁴⁶ Publicada el 13 de marzo de 2002 y vigente a partir del 1 de enero de 2005.

que son supletorias la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo; o, las leyes sobre los juicios ordinarios administrativos de las entidades federativas, en lo que no se opongan a lo dispuesto en el procedimiento de responsabilidad administrativa; además, en el tema de las pruebas se establece un extenso apartado dedicado al procedimiento, el que comprende una sección particular relativa a los medios probatorios;⁴⁷ asimismo, en diversas disposiciones vinculadas regula temas como el de declaraciones de situación patrimonial y de intereses, que podría ser solicitada y utilizada por diversas autoridades, así como por el servidor público interesado,⁴⁸ la confesional, que comprende beneficios y requisitos,⁴⁹ medidas cautelares para evitar ocultar o destruir pruebas⁵⁰ y exhibición de documentos originales relacionados directamente con la presunta falta administrativa,⁵¹ apercibimiento para conminar a los presuntos responsables y testigos a presentarse el día y hora que señalen para el desahogo de pruebas a su cargo,⁵² incidente de tacha de testigos o de objeción de pruebas,⁵³ uno de los requisitos del informe de presunta responsabilidad que debe ofrecer la autoridad en el procedimiento y exhibición de las documentales que obren en su poder en ese acto,⁵⁴ el deber del presunto responsable para que ofrezca pruebas en la audiencia inicial, que es el momento procesal para hacerlo y, en el caso de las documentales, exhiba las que tenga en poder.⁵⁵

La prueba y valoración están relacionadas con el debido proceso y la defensa a la verdad, en la Ley General de Responsabilidades administrativas se indican una serie de acciones para proteger ese derecho, por ejemplo, para conocer la verdad de los hechos las autorida-

⁴⁷ Artículos 130 a 131.

⁴⁸ Artículo 28.

⁴⁹ Artículo 88 y 89.

⁵⁰ Artículo 123-I.

⁵¹ Artículo 124-II.

⁵² Artículo 124-III.

⁵³ Artículo 183.

⁵⁴ Artículo 194.

⁵⁵ Artículo 208, fracción V.

des resolutoras podrán valerse de cualquier persona o documento;⁵⁶ cualquier persona, aun cuando no sea parte en el procedimiento, tiene la obligación de prestar auxilio a las autoridades resolutoras del asunto para la averiguación de la verdad, por lo que deberá exhibir cualquier documento o cosa, o rendir su testimonio en el momento en que sea requerida para ello,⁵⁷ la autoridad resolutora podrá interrogar libremente a los testigos, con la finalidad de esclarecer la verdad de los hechos,⁵⁸ antes de rendir su testimonio, a los testigos se les tomará la protesta para conducirse con verdad;⁵⁹ y, la prueba pericial tendrá lugar cuando, para determinar la verdad de los hechos, sea necesario contar con los conocimientos especiales de una ciencia, arte, técnica, oficio, industria o profesión.⁶⁰ Incluso se prevé la prueba Superveniente.⁶¹

De conformidad con lo establecido en el artículo 131 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, las pruebas serán valoradas en atención a las reglas de la lógica, de la sana crítica y de la experiencia; pero la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo,⁶² supletoria⁶³ hace alusión a dos sistemas de valuación: la prueba tasada y la sana crítica.

En cuanto a la prueba tasada,⁶⁴ la encontramos en la documental pública, que hace prueba plena,⁶⁵ en las documentales privadas, las testimoniales, las inspecciones, las periciales y demás medios de prueba lícitos que se ofrezcan por las partes, cuando a juicio de la autoridad resolutora resulten fiables y coherentes con la verdad conocida y el recto raciocinio de la relación que guarden entre sí, de

⁵⁶ Artículo 130.

⁵⁷ Artículo 140.

⁵⁸ Artículo 151.

⁵⁹ Artículo 153.

⁶⁰ Artículo 167.

⁶¹ Artículo 136 LGRA parecido al 324 del CFPC.

⁶² Artículo 46.

⁶³ Artículo 118 LGRA.

⁶⁴ En la que la ley indica el valor de la prueba.

⁶⁵ Artículo 133 de la LGRA.

tal forma que generen convicción sobre la veracidad de los hechos⁶⁶, el derecho nacional,⁶⁷ que no es objeto de prueba.⁶⁸

IX. ESTÁNDAR DE PRUEBA COMO CRITERIO ARGUMENTATIVO EN EL ÓRGANO RESOLUTOR

En ocasiones el resolutor debe elegir de manera razonada, fundada y justificada por pruebas, pero, no se debe utilizar un criterio genérico de probabilidad, como la mera “no certeza”, sino uno específico, tal como el grado de confirmación de la veracidad de un enunciado basándose en los elementos de confirmación que se tengan disponibles; y, para ello existe el estándar de prueba.

El estándar de prueba hace referencia a la relevancia de una prueba cuando esta tiende a hacer más probable o menos probable un hecho;⁶⁹ por tanto, es un criterio, mediante el cual, el juez puede elegir o preferir, de entre todas las hipótesis posibles que se tengan, aquella que se encuentre según su criterio más ajustada a la razón, aquella que tenga un grado de probabilidad superior al 50 % frente a las demás.

En la Ley General de Responsabilidades Administrativas encontramos el estándar de prueba en el artículo 135, cuando indica que: “toda persona señalada como responsable de una falta administrativa tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que no se demuestre, **más allá de toda duda razonable**, su culpabilidad”. Lo que implica que: se establece la carga de la prueba en favor de las autoridades investigadoras; se impone el deber de acreditar la veracidad sobre los hechos relativos a la falta o faltas administrativas y la responsabilidad de aquellos a quienes se imputen las mismas, que implica la obligación de recabar pruebas suficientes para demostrar esos hechos, prohíbe obligar al imputado a confesar su responsabilidad o a declarar en su

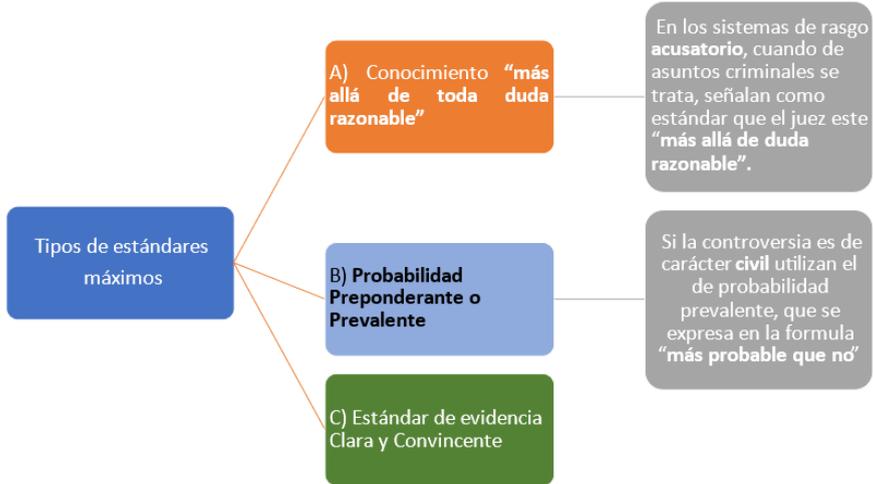
⁶⁶ Artículo 134 de la LGRA.

⁶⁷ Artículo 141 LGRA.

⁶⁸ El extranjero puede ser objeto de prueba en cuanto a validez, contenido y alcance se pedirá informe.

⁶⁹ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, (Trotta, Italia, 2002).

contra; y, se prevé un estándar de prueba respecto del silencio del imputado, al prohibir considerar esa conducta, como prueba o indicio de su responsabilidad en la comisión de los hechos que se le imputan.



Mientras tanto, en el artículo 208, fracción II se establece que, admitido el informe de presunta responsabilidad administrativa, obliga a la autoridad substanciadora que, al notificar el emplazamiento, comunique al imputado el derecho que tiene de no declarar contra de sí mismo ni a declararse culpable.

Los sistemas penal y disciplinario requieren de parámetros de corroboración y conocimiento como soporte a las decisiones medias o de impulso procesal.

En el caso del sistema penal se requieren niveles de conocimiento para disponer o autorizar actuaciones investigativas de búsqueda o descubrimiento de medios cognoscitivos tales como: allanar inmuebles, ordenar capturas, imponer medidas de aseguramiento, formular imputaciones, aplicar el principio de oportunidad, pedir preclusiones, formular acusaciones.

Mientras que, en el caso del sistema disciplinario, los estándares los encontramos en el plano de pedir o disponer medidas provisio-

nales de suspensión de funcionarios de sus cargos, de la suspensión de la ejecución de actos administrativos, o la formulación de pliegos de cargos, actuaciones para las cuales se debe contar con pruebas de prevalencia y eficacia probatoria temprana que permita derruir en nivel de progresividad del estatus de presunción de inocencia.

X. CONCLUSIONES

El fenómeno de la corrupción es un complejo sistema que debe ser combatido desde el ámbito nacional e internacional.

El problema principal en el análisis de las pruebas puede ser atacado desde la argumentación en la valoración de las pruebas y para ello es necesario tener presente el sistema de valoración y el estándar de prueba.

El sistema de valoración, pues permite que la decisión final sea tomada, después de una elección racional entre de diversas hipótesis; por lo que, el estándar de prueba viene a ser un elemento importante en esa toma de decisión, ya que mediante este último es factible la fundamentación y justificación de la prueba elegida y valorada.

La sana crítica, como uno de los sistemas considerados en nuestra legislación es la que debe seguir prevaleciendo, pues es un punto intermedio entre el sistema tasado o legal y el sistema libre.

El estándar de prueba, en específico el relativo a “más allá de toda duda razonable”, es el que genera mayor certidumbre en la toma de decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

Arias Torres, Daniela y Herrera Torres, Hugo Amador. *Entre políticas gubernamentales y políticas públicas*. México: INAP, GLAP, IICA, 2012. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4523/14.pdf>>.

Cárdenas, Jaime. *Herramientas para enfrentar la corrupción*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del IJ-UNAM. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2770/5.pdf>>.

Caso Andrade Salmón vs. Bolivia de 1 de diciembre de 2016, que relaciona los procesos penales contra las víctimas del caso por las conductas ilícitas

relacionadas con la administración de fondos públicos. <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf>.

Caso Ramírez Escobar vs Guatemala de 9 de marzo de 2018, relativo a la adopción irregular de la víctima del caso y su hermana. <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción y Derechos Humanos*. OEA, 2019. <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>>.

Comisión de Derechos Humanos. *Informe sobre el 48º periodo de sesiones*. Nueva York: Naciones Unidas, 1992. <<https://digitallibrary.un.org/record/files>>.

Consejo de Derechos Humanos. *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*. Naciones Unidas, 2015. <<https://undocs.org/A/HRC/28/73>>.

Convención contra la Corrupción.

Convención Anticohecho (Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE).

Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Cruz Rubio, César Nicandro. *Hacia el Gobierno Abierto: una caja de herramientas*. Madrid: Departamento para la Gestión Pública Efectiva/GIGAPP, 2015. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Espana/gigapp/20161220030611/pdf_1095.pdf>.

Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Ley General de Sistema Nacional Anticorrupción.

Ley Federal de Austeridad Republicana.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

- Ley General de Responsabilidades Administrativas.
- Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal.
- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
- Ley de Obras y Servicios relacionados con la misma.
- Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas.
- Ley del Mercado de Valores.
- Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones de Recursos de Procedencia Ilícita.
- Márquez Gómez, Daniel. *El marco jurídico para la operación del Sistema Nacional Anticorrupción (constitucionalidad y legalidad del combate a la corrupción mexicano)*. México: TJAEG-NOVUM, 2017.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *¿Cómo podemos prevenir la corrupción? Una propuesta para identificar posibles tipologías que deriven en actos de corrupción*. Colombia: UNODC y DIAN. <https://www.unodc.org/documents/colombia/2018/Julio/COMO_PODEMOS_PREVENIR_LA_CORRUPCION.pdf>.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *et al.* *Guía Anticorrupción para las Empresas (basada en el Estatuto Anticorrupción)*. Colombia: UNODC-CCB. <https://www.unodc.org/documents/colombia/2014/Diciembre/Guia_Anticorrupcion_empresas_UNODC_Web.pdf>.
- Organización de Estados Americanos. *Compromiso de Lima sobre la Gobernabilidad democrática frente a la corrupción*. Lima: OEA, 2018. <http://www.summit-americas.org/LIMA_COMMITMENT/LimaCommitment_es.pdf>.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública*. Francia: OCDE, 2017. <<https://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica>>.
- Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo. *Estudio sobre Integridad en México (Aspectos Claves)*. <<https://www.oecd.org/gov/ethics/estudio-integridad-mexico-aspectos-claves.pdf>>.
- Piña-Libiem, Hiram Raúl. “Transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción en México”. *Prospectiva Jurídica* 8, núm. 16, julio-diciembre (2017). <<https://prospectivajuridica.uaemex.mx/article/view/11415>>.

Resolución 1/17 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominada “Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción” aprobada el 12 de septiembre de 2017.

Resolución 1/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominada “Corrupción y Derechos Humanos” de 2 de marzo de 2018.

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta: Italia, 2002.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal 1955-2010, 55 años de logros*. Austria: 2010. <https://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/55years_ebook_es.pdf>.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. *Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*. <<https://undocs.org/A/HRC/RES/35/25>>.

Secretaría de la Función Pública. *Análisis de Modelo de la Plataforma Digital Nacional*. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/287852/2-PD-N_W.pdf>.

LA TRANSICIÓN A LA JURISPRUDENCIA TÉCNICA: EL ORIGEN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Francisco Rubén Quiñónez Huízar*

RESUMEN: En el trabajo se analizan los diversos significados de jurisprudencia, así como las etapas del derecho romano, con la finalidad de ubicar el momento histórico en que emerge la institución. Se estudia el paso de la interpretación de los pontífices a la de los jurisconsultos. En el lapso de la Edad Media se aborda la desaparición y el resurgimiento de la jurisprudencia como ciencia y filosofía. Como parte de la modernidad se realiza un enfoque sobre el constitucionalismo y su diferencia con la jurisprudencia constitucional; asimismo, se estudia el movimiento de la codificación, producto de la Revolución francesa y la limitación que le imprime al trabajo de los jueces. Se hace una reflexión sobre la importancia del juicio de amparo y de la jurisprudencia como dos figuras que abrieron la puerta al control constitucional en la tradición continental, incluso antes que los países europeos.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia, interpretación, pontífices, jurisconsultos, Edad Media, Estado moderno, constitucionalismo, jurisprudencia constitucional, control constitucional, tradición jurídica romano-germano-canónica.

ABSTRACT: *The work analyzes the various meanings of jurisprudence, as well as the stages of Roman law, with the aim of locating the historical moment in which the institution emerges. The passage from the interpretation of the pontiffs to that of the jurists is studied. During the Middle Ages, the*

* Miembro del Sistema Nacional de Investigadores; del Claustro de Doctores de la Facultad de Derecho de la UNAM; de la *International Federation of Neurolegal Sciences*. Catedrático de posgrado en la UNAM, en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, en la Escuela Federal de Formación Judicial, así como en diversas universidades.

disappearance and resurgence of jurisprudence as a science and philosophy is addressed. As part of modernity, a focus is made on constitutionalism and its difference with constitutional jurisprudence; Likewise, the codification movement is studied, a product of the French Revolution and the limitations it places on the work of judges. A reflection is made on the importance of the amparo trial and jurisprudence as two figures that opened the door to constitutional control in the continental tradition, even before European countries.

KEYWORDS: *Jurisprudence, interpretation, pontiffs, jurisconsults, Middle Ages, Modern State, constitutionalism, constitutional jurisprudence, constitutional control, Roman-german-canonical legal tradition.*

Fecha de recepción: 11 de septiembre de 2023.

Fecha de aceptación: 19 de septiembre de 2023.

SUMARIO: I. LA JURISPRUDENCIA Y SUS CONNOTACIONES. II. DE LOS PONTÍFICES A LOS JURISCONSULTOS. III. LA JURISPRUDENCIA EN LA EDAD MEDIA. 3.1. LA DESAPARICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. 3.2. EL RESURGIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA COMO CIENCIA Y FILOSOFÍA. IV. EL CONSTITUCIONALISMO Y LA JURISPRUDENCIA. V. LA CODIFICACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA. VI. LA JURISPRUDENCIA EN LA TRADICIÓN CONTINENTAL. VII. LA JURISPRUDENCIA TÉCNICA Y EL ORIGEN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. VIII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA JURISPRUDENCIA Y SUS CONNOTACIONES

No podemos comenzar este análisis sin aludir al concepto original de la jurisprudencia. Ulpiano nos heredó una definición sobre la *iuris scientia* como la denomina Margadant,¹ refiriendo “*Iurisprudentia est divinarum atque humanorum rerum notitia. Iusti atque iniusti scientia*”, cuya traducción literal al español es *Jurisprudencia es el*

¹ Guillermo Margadant, *El derecho privado romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, (México: Editorial Esfinge, 1989) 33.

*conocimiento de las cosas divinas y humanas. Ciencia de lo justo y de lo injusto.*²

Como lo señala Joaquín Escriche, las primeras palabras de este enunciado “pertenecen a la definición de la filosofía, de manera que el sentido es que la jurisprudencia es la filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y de lo injusto. Así pues, la jurisprudencia no consiste solamente en el conocimiento de las leyes, usos y costumbres, sino que exige también una noticia general de todas las cosas sagradas y profanas a que pueden aplicarse las reglas de la justicia”.³

De acuerdo con el significado contenido en la definición romana, nos podemos percatar que tiene dos connotaciones inmersas, esto es, a) como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, lo que la coloca en un campo auténticamente filosófico; b) así como el plano científico sobre lo justo y lo injusto. Cabe resaltar entonces, que, en su origen, el concepto oscila entre lo filosófico y lo científico.

Ahora bien, en cuanto a su raíz etimológica, la *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, señala que “el vocablo *jurisprudencia* proviene del latín *ius* y *prudencia*, que significa prudencia de lo justo.”⁴ Asimismo, Narváez Hernández señala que la voz *jurisprudencia* está compuesta por los vocablos latinos: *iuris* (derecho) y *prudencia* (conocimiento), y se entiende como las interpretaciones que hacen los tribunales en sus resoluciones de las normas jurídicas, y puede constituir una de las fuentes del derecho.⁵

² José Ferrier Claudio, *Paratitla o Exposición de los títulos del Digesto (1853)*, edición facsimilar, (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007) 7.

³ *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, edición facsimilar, (México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones jurídicas, Miguel Ángel Porrúa, Instituto de Estudios Parlamentarios “Eduardo Neri”, 1998) 371-72.

⁴ *Enciclopedia jurídica mexicana* 2ª ed., t. IV, (México, Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004) 794-95.

⁵ *Cfr: Diccionario Histórico Judicial de México: Ideas e Instituciones*. (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010) 948-54.

Con el transcurso del tiempo, su significado comenzó a oscilar entre lo filosófico-científico a lo práctico normativo, de tal forma que, en la acepción más amplia del término, se entiende como el conjunto de decisiones de los tribunales; por lo tanto, hace referencia al acervo de resoluciones que en general, e indistintamente, emiten los impartidores de justicia. Así pues, jurisprudencia también significa el conjunto de sentencias judiciales que contienen un criterio de interpretación generado por y para los órganos jurisdiccionales del Estado.

Con este enfoque tenemos la definición que proporciona la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, al señalar que el vocablo *jurisprudencia* tiene tres acepciones en derecho: La primera de ellas, que es la clásica, deriva del latín *juris* (derecho) *prudencia* (sabiduría) y es usada para denominar en modo muy amplio y general a la ciencia del derecho. La segunda acepción alude al conjunto de pronunciamientos de carácter jurisdiccional dictados por órganos judiciales y administrativos. Estos pronunciamientos constituyen el llamado *derecho judicial* en cuanto comprende a los fallos y sentencias emanados de los jueces y tribunales judiciales o bien el denominado *derecho jurisprudencial administrativo*, en cuanto involucra a las resoluciones finales de los tribunales administrativos. La tercera acepción, hace referencia al conjunto de sentencias dictadas en sentido concordante acerca de una determinada materia. La coincidencia de sentido de ciertos grupos de decisiones jurisdiccionales permite hablar, en estos casos, de jurisprudencia.⁶

En este sentido, de los significados que se atribuyen a la voz jurisprudencia, los más destacables son dos: “jurisprudencia teórica” y “jurisprudencia práctica”. En el primero hay consenso de que se trata de la ciencia del derecho. En el segundo sentido, se ofrecen multitud de acepciones, girando todas ellas en torno al conjunto de decisiones de los tribunales, la cual consideramos la más sencilla y completa, y a la que invariablemente puede reducirse el resto de las acepciones, por muy acertadas que puedan resultar.

⁶ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, (México: Editorial Bibliográfica Omeba, 2009) 621.

Ahora bien, como ciencia, la jurisprudencia corresponde al estudio de las normas jurídicas que imperan coactivamente en una comunidad estatal. Esto es lo que actualmente se conoce como dogmática jurídica.⁷ No obstante, lo anterior, la jurisprudencia teórica también ha sido asociada a la filosofía jurídica, sobre todo por lo que corresponde al vocablo justicia, ya que dicho concepto implica un estudio sobre el ser del derecho, más allá de la norma y de la ciencia jurídica.⁸

Por tanto, siguiendo el cuadro de los niveles de lenguaje de Rolando Tamayo, así como al modelo de T.W. Moore, del edificio de varios niveles, el mundo de la jurisprudencia abarca los siguientes enfoques:

Nivel o piso 3	Jurisprudencia teórica como Filosofía	Meta-meta-lenguaje
Nivel o piso 2	Jurisprudencia teórica como Ciencia	Meta-lenguaje
Nivel o piso 1	Jurisprudencia técnica como Norma	Lenguaje

II. DE LOS PONTÍFICES A LOS JURISCONSULTOS

Al hablar de la jurisprudencia no podemos dejar de referirnos a la interpretación, pues es a través de ella que se forma la institución a la que estamos dedicando nuestro estudio. “El vocablo *interpretación* puede denotar la actividad o bien el resultado o producto. *Interpretar*

⁷ Carlos Santiago Nino, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, (México: Distribuciones Fontamara, 1999) 9.

⁸ Cfr: Rolando Tamayo y Salmorán, *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, (México: Editorial Themis, 1996) 294. La filosofía del derecho tiene por objeto de estudio a la dogmática jurídica. En otros términos, el examen de los dogmas y presupuestos que subyacen detrás de los conceptos y métodos de la dogmática jurídica, así como de sus implicaciones. La filosofía del derecho deviene entonces en una reflexión de segundo orden, constituyendo un análisis conceptual, como epistemología crítica.

proviene del latín *interpretari* (*atribuir acierto*); quiere decir atribuir determinado significado a una expresión o a una cosa”.⁹

La interpretación jurídica, por su parte, se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. De tal forma que un texto requiere interpretación cuando su significado es oscuro o discutible. Interpretación jurídica es una decisión en torno al significado de un texto en una situación dudosa sobre su contenido.¹⁰

En Roma, en la época monárquica, los pontífices, de manera exclusiva, realizaron la tarea de interpretar el derecho. Tarea que después fue asumida por los jurisconsultos: hombres entendidos en las normas jurídicas. El hecho de que los pontífices hayan sido los primeros jurisconsultos es un dato que no puede sorprender, ya que son los que tienen el poder de la interpretación.¹¹

El derecho primitivo nace siempre en íntima relación con la religión y la magia, y aún, en épocas posteriores, conserva algo de ambas cosas. Inclusive cuando la cultura comienza a decaer y el derecho a degenerar, renace a menudo esta conexión entre derecho y religión, como aparece en la Edad Media en sus “juicios de Dios”.¹² Así vemos en la Roma arcaica que eran los sacerdotes quienes disponían de fórmulas rígidas para la celebración de contratos y ritos procesales.

El colegio sacerdotal designaba cada año a uno de los miembros para que diera consultas jurídicas al público. Como las XII tablas no podían satisfacer el incremento de necesidades jurídicas, se recurrió a la *interpretatio* con el fin de satisfacer nuevas necesidades. Los sacerdotes mediante la *intepretatio* cambiaron por mucho el sentido original de las XII tablas.

⁹ *Diccionario del uso del español*, t. I (a-i), (España: Editorial Gredos, 2007) 1672.

¹⁰ Cfr: Ricardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, (México: Porrúa-UNAM, 2000) 4.

¹¹ Cfr: Jaime Del Arenal Fenochio, *Historia mínima del Derecho en Occidente*, (México: El Colegio de México, 2016) 23-24.

¹² Cfr: Tamayo y Salmorán, *Elementos para una teoría general del Derecho*, *op. cit.*, 358.

Cuando el derecho romano evolucionó de una concepción religiosa a una concepción científica a través del modelo jurisprudencial, la *interpretatio prudentium*, fue el método que sirvió para convertir el derecho consuetudinario en una de las formas del *ius scriptum*. En efecto, la *interpretatio prudentium*, fue considerada *ius non scriptum*, pero en las *Institutas* de Justiniano los *responsa* de los juristas fueron enlistados entre las demás formas del *ius scriptum*.¹³

La *interpretatio* no se concretó sólo a la aplicación de las XII tablas. La actividad interpretativa de los jurisconsultos romanos se hizo patente también cuando aparecen los *leges* y los edictos pretorianos. La *interpretatio* se convirtió en la herramienta para la generación de la *iurisprudentia*, sobre todo en la época republicana.

En un último momento, en el imperio, la interpretación del derecho escrito llegó a ser una facultad especial del emperador. Y así Justiniano declaró enfáticamente que el emperador en tanto el legislador único tenía la facultad exclusiva de interpretar el derecho.¹⁴

Los intérpretes *iuris*, en su tarea de extender el derecho llegaron a establecer reglas y formular principios jurídicos. De ahí que el intérprete fuera llamado aquel que *iura condiderunt* (aquel que establece el derecho). Los romanos no elaboraron una teoría de la *interpretatio*; no obstante, sobre todo en el Digesto, nos legaron un conjunto de reglas sobre la interpretación, tal como lo veremos adelante.

III. LA JURISPRUDENCIA EN LA EDAD MEDIA

Es preciso recordar que en el 476 d.C. cae el Imperio Romano de Occidente en poder de los bárbaros; lo que, a partir de ahí, origina una mezcla entre el propio derecho romano y las tradiciones de los pueblos europeos. Mas el derecho romano continúa vigente en oriente, y así será hasta 1453 d.C. con la caída del imperio en manos de los turcos. Estas fechas marcan el inicio y fin de la Edad Media.

¹³ *Ibidem*, 359.

¹⁴ *Ídem*.

Es común que se piense o que se asocie la Edad Media a conceptos como atraso, irracionalidad, retroceso u obscurantismo; sin embargo, esto es cierto solo en parte, ya que la Edad Media no permanece homogénea en los diez siglos, puede ser dividida en dos, en tres o hasta en cuatro partes: la Temprana Edad Media, la Alta Edad Media, la Baja Edad Media y la Plena Edad Media.¹⁵

La división que propone Paolo Grossi es muy interesante. La divide en dos: la primera parte la denomina *Taller de la praxis* y a la segunda *Taller sapiencial*; esta división corresponde más o menos a la división en Alta y Baja Edad Media; esto es, el primer periodo corre del siglo V al X y el segundo del XI al XV.¹⁶

Por una parte, el taller de la *praxis* es caracterizado por el advenimiento de una nueva concepción del derecho, esto es, la de los pueblos germánicos; la extinción de los juristas y de la propia ciencia jurídica, la supremacía de lo arcaico sobre lo complejo; la disolución del Estado y la presencia de la Iglesia católica como agente de preservación de la cultura ante un mundo analfabeta.¹⁷

Esta etapa se caracteriza por la dominación de los bárbaros sobre los territorios del Imperio Romano en Occidente; el decaimiento cultural, acompañado del letargo intelectual y académico; el limitado nivel jurídico y la desaparición de la jurisprudencia romana y la vulgarización del derecho en general; la expansión y fortalecimiento del cristianismo; aparición del feudalismo; el surgimiento del imperio carolingio, así como hambrunas y pestes letales.

El taller sapiencial, por su parte, se caracteriza por el redescubrimiento del derecho romano, el renacimiento de una clase jurista; la mezcla del derecho romano con el canónico y el germánico, dando lugar al *ius commune*; aparición de las universidades y de las escuelas de interpretación jurídica.¹⁸

¹⁵ Cfr: Carlos Ignacio Jaramillo, *El renacimiento de la cultura jurídica de Occidente*, (México: Porrúa, 2019) 17.

¹⁶ Cfr: Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, (España: Marcial Pons, 1996) 246.

¹⁷ Cfr: Del Arenal Fenochio, *Historia mínima del derecho en Occidente, op. cit.*, 49 y ss.

¹⁸ *Ídem.*

En esta fase podemos encontrar también el redescubrimiento del Digesto y el estudio del *Corpus Iuris Civilis*; la iniciación de diferentes escuelas jurídicas y el resurgimiento de la jurisprudencia; la aparición de las primeras universidades; el nacimiento de disciplinas jurídicas autónomas como el derecho mercantil, el derecho internacional privado, el derecho notarial y el derecho penal; el fortalecimiento del papado ante la autoridad secular; el desarrollo de las cruzadas; el posicionamiento de las ciudades, y la invención de la imprenta, entre otras.¹⁹

3.1. La desaparición de la jurisprudencia

Entre los pueblos del oeste de Europa, en el periodo que va de finales del siglo V al siglo X, el derecho no existía como sistema de regulación o de pensamiento. Cada pueblo tenía su propia normativa; la que incluía innumerables reglas e instituciones no escritas, tanto seculares como religiosas. Se había heredado un número considerable de términos, en particular del antiguo derecho romano, que podían encontrarse en los cánones y decretos de los concilios locales y de obispos en particular, así como en la legislación real y en el derecho consuetudinario.²⁰

En la esfera secular como en la espiritual faltaba una clara separación de funciones. El derecho secular no estaba desarraigado de la costumbre tribal, local y feudal en general ni tampoco lo estaba de la costumbre general de las familias real e imperial. El derecho canónico estaba en gran parte difuso por toda la vida de la Iglesia, no había jueces ni juristas profesionales que tuvieran una preparación y formación formal para el desempeño de esas tareas.²¹

¹⁹ Cfr. Jaramillo, *El renacimiento de la cultura jurídica en occidente*, op. cit., 19-20.

²⁰ Cfr. Harold J. Berman, *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, (México: Fondo de Cultura Económica, 2001) 95.

²¹ Vid. Alfredo García Gárate, *Introducción al estudio del derecho canónico*, (España: Dykinson, S.L., 2006) 27. En el derecho canónico pueden distinguirse las siguientes etapas: 1) el derecho canónico primitivo (siglos I A III); el derecho canónico antiguo (siglos IV a XI). Dentro de éste existen dos: el de influencia

De igual forma, el derecho romano se formaba de disposiciones y doctrinas acumuladas a lo largo de varios siglos. Contenía numerosas contradicciones y doctrinas aparentemente irreconciliables. Además, el derecho que sobrevivió mencionaba instituciones jurídicas y gubernamentales de las cuales no se sabía nada, pues habían quedado olvidadas por el paso del tiempo o por la mezcla con otras normas.

Asimismo, existían instituciones ajenas al derecho romano²² centradas dentro del contexto de la *gefoldschaft* germánica, donde el derecho público se caracterizó por su personalismo, patrimonialidad, pactismo y fragmentariedad; asimismo, los usos ancestrales, rudimentarios y primitivos, constitutivos de la base de la organización familiar llamada *sippe*,²³ se caracterizaron por sus fundamentos religiosos, su tradición oral, su pobreza institucional y la cruel severidad de sus castigos, tales como el duelo judicial, las *ordalías* o *juicios de Dios*,²⁴ que fueron utilizadas en materia procesal como medio probatorio.

En la Alta Edad Media, también faltaba una concepción del derecho como “conjunto” de reglas y conceptos. No había escuelas de derecho. No había grandes textos jurídicos. El carácter no sistematizado de la regulación y el estado subdesarrollado de la ciencia jurídica estaban conectados en cierta forma con las condiciones políticas, económicas y sociales prevalecientes.²⁵

Lo anterior no quiere decir que no hubiera reglas jurídicas entre los ostrogodos, vándalos, francos o en cualquier tribu germánica; por supuesto, existía derecho en Europa; sin embargo, ese derecho

romana (siglos IV a VIII) y el de influencia germana (siglos VIII a XI); el derecho canónico clásico (siglos XII a XV) y el derecho canónico moderno (siglos XVI a XIX).

²² Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, (México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídica, 1989) 57.

²³ Cfr. Juan Pablo Pampillo Baliño, *Historia general del derecho*, (México: Oxford, 2014) 152-53.

²⁴ Vid. Héctor Arturo Hermoso Larragoiti, *Del sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México*, (México: SCJN, 2013) 85 y ss. Para un análisis sobre el procedimiento penal en el derecho germánico consúltese la obra *el sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México*.

²⁵ Cfr. Berman, *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, *op. cit.*, 96.

carecía de sistematización y no existía un grupo de individuos que se encargaran de recopilarlo y, mucho menos, enseñarlo. En otras palabras, podríamos decir que sí había derecho como normatividad, pero no jurisprudencia, pues esta requiere de la especialización y la metodología científica.

La falta de sistematización en el derecho de la Europa occidental del siglo VI al siglo X generaba un problema en lo jurídico, respecto a su conceptualización, enseñanza y aplicación. La solución a tal situación debía consistir en resolver las contradicciones teóricas y prácticas.

Durante la primera mitad de la Edad Media, esto es, del siglo V al X, se genera una mezcla entre los postulados de la biblia, contenidos tanto en el antiguo testamento como en el nuevo. Lo que significa que el judeocristianismo juega un papel muy importante en la transformación de Europa en esos años, toda vez que el Imperio Romano se vuelve cristiano a partir del año 380 de nuestra era con el Edicto de Tesalónica.²⁶

En este momento, el cristianismo tuvo una influencia directa en la jurisprudencia. De tal forma que *ius* se transforma en *directum*, en alusión a lo correcto de acuerdo con la regla de Dios; la ciencia del derecho se nutre de los postulados de la biblia y del modelo científico griego del *modus geometricus*.²⁷ No obstante, en esta etapa la filosofía y la ciencia entraron en una crisis por los postulados de la iglesia y la influencia de reglas costumbristas de los pueblos nórdicos.

Efectivamente, con la llegada a la Europa occidental de los pueblos bárbaros, la forma de creación jurisprudencial desaparece. Consecuentemente, el nuevo derecho en Europa considera en su creación únicamente la influencia cristiana y las costumbres germánicas, pero deja de lado el aspecto científico. Ello trajo consigo importantes consecuencias, ya que separar el modelo racional en la toma de decisiones jurídicas, para conservar el modelo cristiano y las

²⁶ Cfr. García, *Introducción al estudio del derecho canónico*, op. cit., 42 y ss.

²⁷ Cfr. Tamayo y Salmorán, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, op. cit., 31.

costumbres bárbaras provocó la extinción de juristas, dando origen a la supremacía de lo elemental y lo arcaico. Es una sociedad a la que no le importa el derecho romano y, sobre todo, se caracteriza por la irracionalidad como mentalidad colectiva.

No obstante, lo anterior, en la Europa occidental de finales del siglo XI y principios del XII ocurrió un cambio fundamental en la naturaleza misma del derecho, como institución política y, a la vez, como concepto intelectual. Es decir, esa época constituye un partea-guas en lo jurídico, tanto en los aspectos teóricos como en la práctica judicial, como lo veremos ahora.

3.2. El resurgimiento de la jurisprudencia como ciencia y filosofía

A finales del siglo XI ocurrieron hechos singulares que cambiarían la historia de Europa occidental, dando nacimiento a la Baja Edad Media y al resurgimiento de lo racional para posicionarse junto con la moral cristiana en un mismo plano.

La tarea de sistematización, característica principal de la jurisprudencia, comenzó primero a través de las universidades.²⁸ El requerimiento de sistematización fue satisfecho, en primera instancia, por las escuelas de derecho; primero en Provenza, luego en Lombardía, Rávena y, finalmente, en Bolonia. Las universidades llevaron a cabo la avanzada del derecho romano y con él las doctrinas filosóficas e ideologías políticas de la nueva Europa.

Es necesario recordar que, como consecuencia de los manuscritos del antiguo derecho romano bizantino, que surgieron a la luz en una biblioteca italiana a finales del siglo XI, el derecho que se enseñaba en las universidades de Europa, (canónico y germánico) a partir de esa época, se transformó; esto es, ya no se enfocó al estudio del derecho que se encontraba desperdigado y con múltiples contradicciones, sino al análisis del derecho romano bizantino, en específico al *Corpus Iuris Civilis*. Dicho cuerpo jurídico contenía la compilación

²⁸ Cfr: Tamayo y Salmorán. *La ciencia del derecho y la formación del ideal político, op. cit.*, 57.

que llevó a cabo el emperador Justiniano sobre el derecho romano alrededor del año 530. Esa compilación estaba conformada por el Digesto o Pandectas, las Institutas, el Codex y las Novelas.

Margadant señala “que no puede haber un relámpago en el cielo azul”,²⁹ en referencia a que no es posible que la casualidad hubiese sido la principal protagonista en el estudio del *Corpus Iuris Civilis*, ya que antes de Irnerio, estudioso monje de Bolonia, ya había otras universidades italianas analizando la compilación de Justiniano. Lo que da cuenta del interés por parte de diversos claustros en aprender el derecho romano y comenzar su sistematización, dando pie al resurgimiento de la jurisprudencia o ciencia del derecho.

Debido a lo anterior, el surgimiento de las universidades europeas solo puede entenderse por el clima religioso, cultural, político, militar, económico y social, esto es, la reforma gregoriana, la querrela de las investiduras y la epopeya de las cruzadas.³⁰

En ese contexto, lo que se conoce como *segunda vida del derecho romano* corresponde al estudio, en Europa, de esa gran compilación ordenada por Justiniano, entre el 530 y el 534, conocida como *Corpus Iuris Civilis*, a la cual se añaden diversas leyes posteriores, expedidas por el propio emperador.³¹ Lo importante de esta compilación radica en que constituye el punto de partida de la jurisprudencia romana que habría de renacer en Europa en el siglo XI.

Además del surgimiento de las primeras escuelas de derecho, los primeros cuerpos de doctrina y la creación del concepto de derecho como cuerpo autónomo,³² surge también una concepción de lo jurídico como un orden o sistema, es decir, como un conjunto de nor-

²⁹ Cfr. Guillermo Margadant, *La segunda vida del derecho romano*, (México: Miguel Ángel Porrúa, 1989) 49.

³⁰ Cfr. Pampillo, *Historia general del derecho*, *op. cit.*, 165.

³¹ Cfr. Margadant, *La segunda vida del derecho romano*, *op. cit.*, 49.

³² Vid. Tamayo y Salmorán, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, *op. cit.*, 40 y ss. Los cambios en el derecho europeo del siglo XI, se debieron en parte a la Reforma gregoriana iniciada en el año 1075 por el papa Gregorio VII. Dicha reforma consistía en establecer la supremacía política y legal del papa sobre toda la iglesia, y la independencia del clero de todo control secular.

mas que mantienen una unidad.³³ Esto es algo trascendente, pues a partir de ese momento, el derecho se visualiza como un sistema normativo, organizado y jerarquizado.³⁴

En lo político, aparecieron por primera vez autoridades centrales con poder de dominio a través de sus delegados, tanto seculares como religiosas. En lo jurídico, (re)surgió la clase jurista, con jueces profesionales y abogados que ejercían el derecho. Se vincula la jurisprudencia (ciencia del derecho) con el ideal político de formación del Estado.³⁵

Esa nueva clase jurista, que se formó con las enseñanzas de Irnerio sobre el *corpus* de Justiniano, son hijos de comerciantes cuyo interés es manifiesto en el derecho romano, toda vez que sus postulados son compatibles con el comercio, lo que no sucedía con muchas reglas del derecho canónico.

Asimismo, comenzó la formación de los sistemas jurídicos occidentales. Tal como el sistema de derecho canónico de la Iglesia católica romana, mejor conocido como *ius canonici*.³⁶ Desde los orígenes de la organización eclesiástica cristiana, habían surgido una gran cantidad de cánones producto de concilios, sínodos y actividades papales (cánones de Dionisio [496]; la colección de Dionisio Adriana [778]; el Dechetum de Burcardo, de Worms de 1010, entre otros);³⁷ sin embargo, no lograron la validez jurídica ni tuvieron la sistematización que la Iglesia necesitaba.

Además, también se afirmó la supremacía última del papa en asuntos seculares incluyendo la facultad de deponer emperadores y reyes.

³³ Cfr. Berman, *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, op. cit., 96.

³⁴ Vid. Tamayo y Salmorán, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*. op. cit., 60. Siguiendo a Tamayo y Salmorán, el decir que antes del siglo XII no existe la idea de “orden jurídico”, no quiere decir que no existiera derecho, sin embargo, carecía de “principios jurídicos” independientes y claramente diferenciados.

³⁵ *Ídem*.

³⁶ Cfr. Berman, *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, op. cit., 96

³⁷ Cfr. Margadant, *La segunda vida del derecho romano*, op. cit., 145.

En la misma época en que Irnerio enseñaba en Bolonia derecho romano justiniano, otro monje también maestro en Bolonia, de nombre Juan Graciano, decidió poner orden al entramado de normas del régimen interno de la Iglesia. Así, aproximadamente en el año 1140, vio la luz el *Concordantia discordantium canonum*, mejor conocido como el *Decreto de Graciano*, que supuso un trabajo enciclopédico de compilación de cánones de más de un centenar de concilios y decretales de casi ochenta pontífices romanos.³⁸

Al mismo tiempo, en casi todas partes de Europa, surgieron ciudades libres con sus propios sistemas gubernamentales y jurídicos, emergiendo, junto al derecho romano y canónico, todo un conjunto de nuevos sistemas de derecho.

El dualismo de los sistemas jurídicos (romano y canónico) condujo a un pluralismo de sistemas jurídicos seculares dentro del orden jurídico religioso y, específicamente, a la competencia de jurisdicciones de los tribunales de la Iglesia y laicos. No obstante, para mantener ese complejo equilibrio de sistemas jurídicos plurales en competencia fue preciso realizar la sistematización del derecho, que permitiera la reconciliación de autoridades en conflicto. Lo que originó a partir de entonces, la idea de sistema jurídico.³⁹ Por supuesto que esta ordenación se llevó a cabo por la jurisprudencia medieval.

Las universidades se convierten así, en los centros de difusión de doctrinas filosóficas y principios políticos que serían esclarecidos y reformados por el contenido del derecho y los comentarios de la jurisprudencia.⁴⁰ Siendo las universidades la avanzada del propio de-

³⁸ Cfr. Pampillo, *Historia general del derecho*, op. cit., 175.

³⁹ Vid. Francisco Rubén Quiñónez Huízar, *Génesis de la cultura jurídica y del sistema jurídico en México: Un modelo para su estudio*, (México: Editorial Flores, 2021) 10. El concepto “sistema” dentro del derecho se refiere a la conexión que existe entre las normas que lo conforman. De tal forma que ese conjunto de reglas es un todo unificado, organizado y jerarquizado, que permite la completitud y coherencia entre sus normas.

⁴⁰ Cfr. Tamayo y Salmorán, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*. op. cit., 57-58.

recho romano; este se convierte en la primera disciplina académica de la historia de Europa: la jurisprudencia.

Lo anterior no quiere decir que en la antigüedad no existía una manera formal de enseñanza, sí la hay, pero no tiene la sistematización ni la organización propia de las universidades creadas a partir del siglo XI.

En este contexto histórico, es importante señalar que si bien existe un fenómeno primario sobre el estudio del derecho en las universidades y el resurgimiento de la jurisprudencia romana, también es cierto que, en el terreno práctico, el emperador (Enrique V de Francia) tuvo mucho que ver en su difusión; ya que otorgó beneficios financieros y honores especiales tales como la promulgación de ciertas leyes imperiales en la Facultad de Bolonia, así como el nombramiento de diversos catedráticos de derecho en dicha facultad, para importantes funciones consultivas en la corte imperial.⁴¹

La *Escuela de los Glosadores* encabezada por Irnerio generó el resurgimiento de la jurisprudencia en Occidente. Abarca los siglos XI A XIII, se caracteriza por comentar cada una de las palabras que componía la definición de un determinado material de derecho romano, pero sin ninguna actualización. Además de Irnerio, tenemos a Francisco Acursio, que reúne las interpretaciones anteriores en la *Gran Glosa* también llamada la *Glossa ordinaria* o la *Magna glossa* que se equiparó en autoridad al propio Digesto y con la cual se fortalece el trabajo de sistematización de la ciencia jurídica.⁴²

Escuelas posteriores, encabezadas por juristas como Bartolo de Sassoferrato, Baldo de Ubaldis y Cino de Pistoia continuarían los trabajos de interpretación. Los *comentaristas* abordaron el estudio de los textos romanos con mucha más libertad que sus homólogos anteriores. La continuidad de los trabajos de interpretación jurídica la encontramos en escuelas de posglosadores como el *Mos Italicus*, el *Mos Galicus* y la *Iurisprudencia Elegans* de los siglos XIV a XVIII.⁴³

⁴¹ Cfr. Guillermo Floris Margadant, *Panorama de la historia universal del derecho*, (México: UNAM, Miguel Ángel Porrúa, 1996) 140 y ss.

⁴² *Ídem*.

⁴³ *Ibidem*, 251 y ss.

La diferencia entre glosadores y posglosadores se encuentra en el método, ya que los primeros basan sus interpretaciones en el propio texto del *Corpus Iuris Civilis*, y los segundos, parten no solo del texto original, sino que también interpretan las glosas.⁴⁴

El común denominador de todas estas escuelas lo constituye el *Corpus Iuris Civilis*, obra de autoridad que hace las veces de plataforma sobre la cual se construye la jurisprudencia teórica en Occidente.

Así las cosas, Berman señala que el derecho canónico fue el primer sistema jurídico moderno en Occidente.⁴⁵ Para poder seguir la secuencia de tal afirmación, debemos recordar que, si bien el imperio romano cae el siglo V, de nuestra Era, también lo es que el derecho romano continuó siendo aplicado en Europa, aunque, en palabras de Margadant, se vulgarizó, pues se mezcló con el derecho bárbaro, generándose el derecho cristiano-germano medieval.

Bajo la influencia de la Reforma Gregoriana, el descubrimiento de los textos romanos justinianos y el ascenso político espiritual del papado, el *Ius Canonici* medieval alcanzó su plenitud y pasó a formar parte de la esencia del *Ius Commune*. Si bien mantuvo su autonomía dentro de los claustros universitarios y una tensión, a veces muy rica, en resultados prácticos con el derecho romano, lo cierto es que las facultades de cánones fueron otros espacios donde se desarrolló la jurisprudencia y se formaron los juristas europeos.⁴⁶

No obstante lo anterior, en el Imperio Bizantino, el derecho romano seguía teniendo validez y eficacia;⁴⁷ derecho que va a ser con-

⁴⁴ *Ídem.*

⁴⁵ Berman, *La formación de la tradición jurídica de occidente. op. cit.*, 211-34.

⁴⁶ *Cfr.* Del Arenal, *Historia mínima del derecho en Occidente, op. cit.*, 104. Para Jaime del Arenal la ciencia jurídica romana medieval fue la que influyó a la ciencia canónica y no al revés; situación que según él se corrobora con el esfuerzo desplegado por la iglesia por contar con un corpus iuris de similar autoridad y vigencia que el romano, No obstante, consideramos que se da una simbiosis entre ambos derechos que van a producir un derecho *sui generis* para Europa.

⁴⁷ Leticia Bonifaz Alonso, *El problema de la eficacia en el derecho*, (México: Porrúa, 1999). Para un análisis detallado de los conceptos de *validez y eficacia*, véase *El problema de la eficacia en el derecho*.

servado y difundido a la posteridad gracias a la compilación del *corpus iuris civilis*.⁴⁸ Además, la relación entre el derecho romano y el derecho de la Iglesia bizantina tiene otros tintes, pues no se produjo una mezcla tan rica como en la Europa occidental, en razón de la postura de la Iglesia europea y la cerrada visión de la Iglesia cristiana oriental en cuanto a la racionalidad y la fe.

Respecto a la afirmación hecha por Harold Berman, en el sentido de que el derecho canónico es el primer sistema jurídico occidental moderno, debemos recordar que un sistema jurídico es válido si mantiene un mínimo de eficacia,⁴⁹ independientemente de que dicho sistema haya dejado de aplicarse en determinado territorio o se haya mezclado con otros sistemas; de ahí que, al vulgarizarse el derecho romano en Europa, no significó que dicho sistema dejara de existir, sobre todo por que seguía teniendo validez en Constantinopla e incluso se pretendió darle eficacia en toda Europa con la idea del Sacro Imperio Romano Germánico y la figura de Carlo Magno.⁵⁰

En ese orden de ideas, con el advenimiento del estudio del *Corpus Iuris Civilis*, el derecho romano volvió a ser tomado en consideración, tal es el caso del sistema jurídico canónico; no obstante, este derecho, no era el derecho romano bizantino del siglo VI, sino el renovado y transformado derecho romanista, con gran carga ideológica del cristianismo, de los siglos XI y XII, al que se debe atribuir la paternidad del derecho canónico.

De tal suerte que, en Europa occidental se produce una combinación dual del derecho romano: primero, la que ocurrió entre el derecho de los pueblos bárbaros (germanos)⁵¹ que conquistaron el Imperio Romano de Occidente y las reglas del derecho romano que

⁴⁸ Cfr. Beatriz Bernal, et al., *Historia del derecho romano y de los derechos neoromanistas*, (México: UNAM, 1981) 285 y ss.

⁴⁹ Cfr. Quiñónez, *Génesis de la cultura jurídica y del sistema jurídico en México...*, *op. cit.*, 14 y ss.

⁵⁰ Cfr. Margadant, *Panorama de la historia universal del derecho*, *op. cit.*, 163 y ss.

⁵¹ Cfr. *Diccionario del uso del español*, t. I (a-i), *op. cit.*, 1454. El vocablo *germano* se aplica a los individuos del pueblo o grupo de pueblos que ocuparon la parte septentrional de Europa.

siguieron teniendo influencia en dichos pueblos; y segundo, la que se dio entre el derecho de la Iglesia católica, sobre todo del cristianismo, y la influencia que recibió del derecho romano bizantino.

A la caída del Imperio Romano los pueblos germánicos se rigieron por su propio derecho. Algunas monarquías germanas compilaron el derecho romano que sería aplicado a sus súbditos latinos, conformándose de esta manera las leyes romano-bárbaras entre las que destacan la *Lex Romana Visigothorum*, la *Lex Romana Burgundiorum* y el *Edictum Theodorici*. La influencia formal del derecho romano y sus maneras pronto llevaron a su compilación desde el Código de Eurico hasta las Leyes Sálidas, pasando por la compilación hispano-germánica-romana del *Liber Iudiciorum* y hasta el propio Espejo de Sajonia.⁵²

Por tanto, en la cultura de los pueblos germanos existe una idea arraigada al poder romano y a los tiempos de la época clásica, y posclásica relacionados con el derecho y el Imperio, tan es así que, en el 800 de nuestra Era, es coronado Carlo Magno como cabeza del *Sacro Imperio Romano Germánico*, tal acto tiene la pretensión de conformar un *Reich*. Es decir, un mundo cristiano gobernado conjuntamente por el papa y los emperadores de Occidente y de Oriente, y por supuesto, teniendo como base los derechos canónico, romano y germánico.⁵³ Sin embargo, es preciso reconocer que la ideal del *Reich* fue más un anhelo que una realidad, ya que se limitó al territorio de Alemania y una parte de Francia, sin que alcanzará al resto de Europa. Pero lo que sí es una realidad, es la influencia de las costumbres germanas en la cultura jurídica occidental.

Para el siglo XVI el Estado-nación no ha nacido, pero alrededor de esas fechas se sientan las bases de las configuraciones estatales europeas. Sin embargo, la estructura del nuevo mapa estatal solo alcanza su forma perfecta durante los siglos XVII y XVIII; ya que la aparición del Estado implica prescindir de forma progresiva de las instituciones feudales y estamentales medievales. En ese sentido, el

⁵² Cfr. Pampillo, *Historia general del derecho*, op. cit., 149-52.

⁵³ Cfr. Margadant, *Panorama de la historia universal del derecho*, op. cit., 163 y ss.

Estado no aparece al mismo tiempo ni con las mismas características en Europa.⁵⁴

La aparición de los Estados-nación es un proceso histórico en el que en las sociedades existen elementos del antiguo sistema unidos con el nuevo. No obstante, existen dos acontecimientos que pueden ser la clave de la ubicación del origen de los países en Europa. El primero es la reforma protestante y el segundo el triunfo de la Revolución francesa.

La reforma protestante puso fin a la guerra de religión en Europa. La *Paz de Westfalia* (1648) dio fin a uno de los conflictos más devastadores de la historia. Tras la firma del tratado se generaron cambios sustanciales en las relaciones entre las monarquías y la Iglesia, dejando el hierocratismo para dar paso al regalismo.⁵⁵ Además la religión católica dejó de ser única, aceptándose nuevas interpretaciones sobre el cristianismo.⁵⁶

El triunfo de la Revolución francesa (1789) consolidó la aparición de los Estados nacionales cuando el pueblo se convierte en el titular de la soberanía, las naciones se afirman políticamente unas frente a otras y el rey se impone como soberano sobre la Iglesia en un territorio determinado. Eso constituye la modernidad⁵⁷ y el surgimiento del Estado de derecho.

⁵⁴ Cfr: Aquilino Iglesias Ferreiros, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, (España: Marcial Pons, 1996) 238.

⁵⁵ Vid. Alfredo García Gárate, *Introducción al estudio del derecho canónico*, (España: Dykinson, 2006) 102. El regalismo tiene su origen doctrinal en Marsilio de Padua, consiste en la negación radical de la Iglesia y la atribución al monarca de un poder absoluto por delegación de todos los ciudadanos. Recibe diversas denominaciones según los países: regalismo (España), galicanismo (Francia), febronianismo (Alemania), josefinismo (Austria), jurisdiccionalismo (Italia).

⁵⁶ Cfr: Adrián Hastings, *La construcción de las nacionalidades*, (España: Cambridge University Press, 2000) 15. Cabe mencionar que la religión es un elemento integral de muchas culturas, de la mayoría de las etnias y de algunos Estados. La Biblia proporcionó, para el mundo cristiano al menos, el modelo original de nación. Sin ella y sin su interpretación y aplicación, es discutible que las naciones tal y como lo conocemos, hubieran podido existir.

⁵⁷ Cfr: Iglesias, *La creación del derecho...*, *op. cit.*, 42.

IV. EL CONSTITUCIONALISMO Y LA JURISPRUDENCIA

La transición del absolutismo al Estado de derecho hunde sus raíces a partir de la secularización de la sociedad, que comenzó a experimentarse durante el siglo XVI, lo que trajo como consecuencia cambios en lo político, social, jurídico y económico.

Ahora bien, en la etapa de la modernidad (1453-1789), las civilizaciones occidentales trataron de restablecer el racionalismo que había sido denostado durante la Edad Media, como consecuencia de los intereses de la Iglesia cristiana católica y su concepción metafísica del mundo.⁵⁸

Aunado a lo anterior, “surge una nueva concepción de la soberanía que postulaba que el soberano no tiene un poder absoluto, sino que debía tomar en consideración la voluntad popular; pues en sus orígenes la soberanía residió en el pueblo y éste la transmitió al monarca; por lo cual el pueblo es el depositario de ella”.⁵⁹ En ese sentido, el soberano no podía responder solo ante Dios. Surge un nuevo protagonista de la acción social: el ser humano que, al ejercer derechos políticos, se convierte en ciudadano y depositario de la soberanía.⁶⁰

La recepción del pensamiento y las experiencias inglesas, junto con la situación social en Francia, generaron el pensamiento político ilustrado característico del siglo XVIII. Los autores franceses se interesaron por construir un sistema que permitiera acabar con los excesos del despotismo que se manifestaba en el absolutismo y por

⁵⁸ Cfr. Pampillo, *Historia general del derecho*, op. cit., 210 y ss.

⁵⁹ María del Refugio González, *La legitimidad de la Constitución de Apatzingán y la supervivencia de las instituciones virreinales*, (México: CIDE, 2015) 293.

⁶⁰ Desde el punto de vista de Bodino, la soberanía es el atributo esencial del poder del estado, el punto principal de la majestad soberana y del poder absoluto; comprendía la facultad de hacer las leyes sin tomar en cuenta a los súbditos y sin la colaboración de los estamentos tradicionales. La soberanía habría de ser absoluta, su único límite era la ley natural y Dios. Dos siglos después, cobra fuerza el llamado movimiento constitucional que habría de imponer nuevas modalidades al contenido del concepto de soberanía.

las formas de gobierno en las que podía obtenerse ese fin. Sus concepciones se basaban en la idea de libertad y en la laicidad.⁶¹

La experiencia del absolutismo francés hizo de Montesquieu un pensador convencido de la necesidad de limitar el poder soberano. En ese contexto, y teniendo en cuenta la experiencia inglesa, concibió su doctrina de la división de poderes independientes —legislativo, Ejecutivo y Judicial— para el ejercicio de la soberanía. El equilibrio de estos evitaría la existencia de abusos, es decir, defendería la libertad de los gobernantes.⁶²

La Revolución francesa nació bajo la consigna de la expansión por el mundo.⁶³ Las ideas sobre la soberanía popular, la división del poder y los derechos del hombre, todo ello garantizado en una constitución, parecían concebidas para regir en todas las sociedades políticas.⁶⁴ No obstante, el éxito del movimiento francés fue en relación con la difusión de las ideas ilustradas y la posibilidad de emplearlas para la fundación del Estado de derecho.⁶⁵

Asimismo, la aparición de *El Contrato Social* de Rousseau significó la llegada de un cambio trascendental en la forma de concebir las relaciones del hombre en sociedad y sus organismos. El fundamento se basa en la cesión de cada miembro de todos sus derechos a favor

⁶¹ Cfr. José Antonio Caballero, “La transición del absolutismo al Estado de Derecho”, en *Transiciones y diseños institucionales*, (México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999) 35.

⁶² *Ibidem*, 36.

⁶³ Cfr. Lynn Hunt, *La invención de los derechos humanos*, (España: Tusquets Editores, 2007). 185-86. Napoleón difundió el mensaje de la Revolución Francesa por medio de las conquistas militares tanto en Europa, América y África, puso demasiado énfasis en la tolerancia religiosa, la abolición del feudalismo y la igualdad ante la ley, sin embargo, a pesar de haber hecho las paces con la iglesia católica, nunca llegó a ser un gobernante legítimo para los tradicionalistas, ya que su insistencia en la igualdad ante la ley no compensaba su resucitación de la nobleza y la creación de un imperio hereditario.

⁶⁴ Cfr. Pampillo, *Historia general del derecho*, *op. cit.*, 210 y ss. Napoleón es el precursor de la codificación moderna en Occidente, con la llamada Escuela de la Exégesis.

⁶⁵ Cfr. Caballero, *La transición del absolutismo al Estado de Derecho*, *op. cit.*, 36.

de la asociación. La soberanía reside en el pueblo. El cambio que se produjo con esta nueva visión fue que el fundamento político de la sociedad ya no es un pacto entre gobernante y gobernados, sino que se trata de un pacto entre seres humanos, donde el poder será ejercido por la voluntad general.⁶⁶

El Estado de derecho se pensó diseñado para proveer a sus miembros de todos los elementos necesarios para permitirles la búsqueda de la felicidad. La estructura refleja claramente las ideas de la ilustración. Su fundamento es la constitución, concebida como el pacto celebrado por el pueblo soberano y reconocido como ley suprema.

El Estado moderno y el Estado de derecho constituyen dos modelos relacionados a través del principio de supremacía constitucional. Este Estado de derecho no es otra cosa que una etapa en la evolución del Estado que aparece a partir de la transición del Estado absolutista al Estado moderno; y cuando el concepto de soberanía se convirtió en poder del pueblo, donde la participación de todos, mediante la democracia, establece límites al poder público.

Según Tamayo y Salmorán, en términos generales, las ideas que prepararon, en la modernidad, la aparición de *constituciones*, establecían las bases del ejercicio del poder y la libertad ciudadana, al ser votadas por convenciones o asambleas constituyentes. Estas legislaciones eran instrumentos laicos, propios al progreso y que se ajustaban al modelo de la razón. Así las constituciones anunciaban una nueva era.⁶⁷ Esa etapa será llamada *constitucionalismo*.

El constitucionalismo representa, en principio, un sistema político que se caracteriza por la existencia de diversos detentadores del poder, entre los cuales la constitución ha distribuido el ejercicio del poder político y ha establecido límites en su actuación respecto a los particulares.

⁶⁶ *Ibidem*, 38.

⁶⁷ *Cfr.* Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: UNAM, 1979) 66-67.

Históricamente, el constitucionalismo tiene una doble significación; hace referencia tanto al orden político constitucional como al orden político democrático constitucional. Lo que es un hecho es que para que un Estado sea constitucional debe tener un sistema de normas establecidas o de reglas convencionales del poder. Dicho sistema de normas puede estar formulado por escrito o bien puede estar cristalizado en las costumbres y en las convicciones del pueblo, el cual se denomina “constitución”.⁶⁸

Esto se alcanzó cuando la masa de los destinatarios del poder organizada como electorado en partidos políticos y con la ayuda de elecciones honestas, con base en el sufragio universal, participó en el proceso político elevándose a la categoría de un independiente y originario detentador del poder. Esto ocurrió en Inglaterra, Francia, Estados Unidos, y en otros países claves, solo en el siglo XIX. Por lo tanto, históricamente, el constitucionalismo se presenta como una parada a medio camino entre el absolutismo tradicional monárquico y la época moderna de la democracia constitucional.⁶⁹

El constitucionalismo moderno es la formalización jurídica del tránsito del absolutismo del antiguo régimen al Estado liberal y democrático de derecho.

Ahora bien, no se debe confundir el término *constitucionalismo* con la *jurisprudencia constitucional*, disciplina que, describe un conjunto de disposiciones, prácticas o costumbres aceptadas como la constitución y manejadas bajo los cánones reconocidos de la interpretación jurídica. Es decir, en palabras de Alf Ross, el constitucionalismo es la ideología jurídica de la jurisprudencia dogmática constitucional;⁷⁰ y esta, a su vez, es la ciencia del derecho que se encarga del análisis de las normas jurídico-constitucionales.

El constitucionalismo es un sistema de pensamiento donde los estados occidentales determinaron establecer documentos llamados

⁶⁸ Cfr. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, (España: Editorial Ariel, 1986) 89.

⁶⁹ *Ibidem*, 90

⁷⁰ Cfr. Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la constitución*, *op. cit.*, 83.

constituciones, en su mayoría escritas, en las que establecieron los siguientes postulados:

1. El reconocimiento de los derechos fundamentales.
2. La división de poderes (Legislativo, Judicial y Ejecutivo).
3. Sociedad y gobierno laicos.
4. El liberalismo como pensamiento político y económico.

La jurisprudencia como ciencia de la constitución comenzó a desarrollarse en Occidente a partir de este momento, de tal forma que por primera vez la ciencia del derecho comenzaba a analizar la normatividad fundamental en el Estado moderno. Es decir, las constituciones comenzaron a estudiarse desde la perspectiva de la ciencia y de la filosofía del derecho como regla jurídica fundamental de los estados nacionales, no solo como poder político, cuyo campo le compete a la ciencia y a la filosofía política.

V. LA CODIFICACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

Con la Revolución francesa, no solo se generó un movimiento en materia política, como lo vimos en el apartado anterior, sino también un movimiento codificador en materia jurídica, en el cual las autoridades tienen como parámetro de actuación a la ley, sin que exista posibilidad de llevar a cabo ningún tipo de interpretación autónoma, ya que el nuevo paradigma da prioridad al trabajo del legislador por encima del trabajo que lleva a cabo el Ejecutivo y el Judicial.

Entre los factores más significativos que determinaron el desarrollo de la codificación francesa se encuentran:⁷¹

- a. La necesidad de ordenar la legislación, ya que las provincias de Francia estaban divididas entre las costumbres germánicas y el derecho romano basado en el *Corpus Iuris Civilis*.

⁷¹ Cfr. Javier Tapia Ramírez, “La influencia del Código de Napoleón en la ordenación sistemática del Derecho Civil mexicano”, en *Código de Napoleón. Bicentenario. Estudios Jurídicos*, (México: UNAM-Porrúa, 2005) 68 y ss.

- b. El impulso de la Revolución francesa, deseoso de arrasar con la legislación anterior que representaba el modelo de actuación del antiguo régimen.
- c. La filosofía enciclopedista y el pensamiento jurídico racionalista, que concebía el derecho como un producto de la razón humana, que se concretaba en la ley.

La razón de darle una importancia primaria a la ley encuentra sus raíces en la Francia prerrevolucionaria, donde los jueces estaban imbuidos profundamente de valores anti-igualitarios y tan firmemente enraizados en las estructuras feudales, que su poder de control se ejercía de modo abusivo e impopular. Dicho poder estaba considerado como una de las características más conservadoras.

Por esta razón, la Francia posrevolucionaria mostró con insistencia una actitud rígidamente contraria al control judicial, sobre todo constitucional. Esta actitud había encontrado su conceptualización en la descripción que Montesquieu hacía de los jueces como meras “bocas de la ley” o “seres inanimados”, cuya única tarea debería ser la de aplicar de manera ciega, automática, carente de creatividad, la voluntad suprema de la legislación popular.⁷²

La versión francesa de la división de poderes estaba muy lejos de los frenos y contrapesos de los Estados Unidos de América, además esta postura fue traducida al lenguaje del Código de Napoleón, que desde entonces ha representado un dogma básico de la filosofía constitucional no solo para Francia, sino para el resto de la Europa continental⁷³ y los países latinoamericanos, difundida principalmente por la Escuela de la Exégesis; ya que si bien, existieron otras escuelas de interpretación, la Exégesis estuvo por encima de ellas. Esta visión fue preponderante para el desarrollo de la ciencia jurídica continental. Lo que provocó a la postre visiones encontradas sobre la actuación de los jueces (supremacía constitucional mediante control jurisdiccional vs aplicación ciega de la ley por parte de los jueces).

⁷² Cfr. Mauro Cappelletti, *Obras. La justicia constitucional/Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, (México: 2007) 246-47.

⁷³ *Ídem.*

La escuela de la exégesis francesa ha tenido gran influencia en el desarrollo de la jurisprudencia dogmática continental. Esta corriente de interpretación tuvo dos fases: a) la fundación (1804-1825), a este periodo pertenecen los grandes comentadores del Código Napoleón, y b) la decadencia (1880-1900).⁷⁴ Los rasgos de esta escuela son: a) el culto al texto de la ley; b) considerar la voluntad del legislador como pauta suprema de interpretación; c) considerar al legislador como omnipresente y omnisapiente.⁷⁵

El movimiento produjo códigos casuísticos en los que se establecen minuciosamente las soluciones concretas que se deben dar a muchos casos predeterminados. Cabe señalar que el casuismo constituye una limitante porque nunca podrá el legislador prever todas las circunstancias de posible aplicación de la ley y, aunque las previera, nunca podrá determinar los factores humanos que matizan cada caso concreto.⁷⁶

En ese sentido, en todas las sentencias de los tribunales siempre se da una nueva aportación al sistema jurídico, ya sea porque el juez se pronuncie sobre algo no previsto por las leyes, ya porque ha valorado las leyes respecto de las circunstancias concretas del caso. En cualquiera de los supuestos, los tribunales enriquecen al sistema normativo jurídico mediante la interpretación y la integración de la ley, y en esta forma son fuente formal del derecho.

La jurisprudencia como ciencia, en este modelo, estuvo muy limitada, pues solo reflejaba los postulados del contenido de los códigos. Es decir, no mantenía un ejercicio de hermenéutica sobre las posibilidades de justicia, sino que la legalidad era su condición necesaria de interpretación. La posición de los académicos se refleja en las

⁷⁴ A nuestro país llegó la influencia de la segunda etapa de la exégesis, lo que significó que entrara en crisis la jurisprudencia técnica. Pasando de su regulación en la Ley de Amparo a los códigos federales y prohibiendo la interpretación judicial.

⁷⁵ Cfr. Tamayo y Salmorán, *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, op. cit., 363-67.

⁷⁶ Cfr. Héctor Gerardo Zertuche García, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, (México: Porrúa, 1990) 54.

palabras lapidantes de Jean-Charles Florent Demolombe: “Yo no enseño derecho civil, enseño el Código de Napoleón”.⁷⁷

VI. LA JURISPRUDENCIA EN LA TRADICIÓN CONTINENTAL

Debemos recordar que el mundo occidental está dividido en dos familias o tradiciones jurídicas. Una corresponde a la herencia que viene de los países del continente europeo y la otra a la herencia proveniente de la isla británica. Como lo señala Merryman, existen dos tradiciones legales muy influyentes: el derecho civil y el derecho común. La más antigua, difundida e influyente de ambas es la del derecho civil.⁷⁸

“Una tradición es un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuada de un sistema jurídico, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho”.⁷⁹

En ese contexto, una vez estudiado el significado medieval y moderno de la jurisprudencia, ahora vamos a estudiar sus características dentro de la tradición romano-canónica, que también es conocida como familia continental.

Como lo vimos anteriormente, la influencia más antigua de esta tradición se encuentra en la compilación llevada a cabo por el emperador Justiniano en el siglo VI de nuestra era, a través de la obra denominada *Corpus Iuris Civilis*.

⁷⁷ Cfr. Alfonso de Cossío, *Instituciones de derecho civil*, (España: Alianza Editorial, 1975) 35.

⁷⁸ Cfr. John Merryman, et al., *La tradición jurídica Romano-Canónica*, (México: Fondo de Cultura Económica, 2014) 19.

⁷⁹ *Ibidem*, 17.

La otra influencia para esta tradición se encuentra en el derecho canónico de la iglesia católica romana. Este derecho tuvo sus orígenes a principios de la época cristiana, sin embargo, es durante la Edad Media donde va a adquirir sus principales características. Se produjeron diversas colecciones y normas de materiales de derecho canónico durante varios siglos, las cuales fueron compiladas y sistematizadas en un documento llamado *Decreto de Graciano*, contemporáneo del *Corpus Iuris Civilis*.⁸⁰

El *Corpus Iuris Civilis* fue elaborado en la capital del Imperio Romano Bizantino: Constantinopla, es decir, en la otra cabeza del imperio romano. No obstante, su importancia radica en que a partir del siglo XI, fue retomada como un documento de autoridad para construir e interpretar un derecho que en Occidente había desaparecido, tras la conquista del imperio en poder de los pueblos bárbaros, en el 476 d.C.⁸¹

La interpretación jurídica en Europa, del siglo XI al XVIII, se llevó a cabo por los *Glosadores* y *postglosadores*, así como por escuelas posteriores denominadas *Mos Galicus*, *Mos Italicus* y *Jurisprudencia Elegance*, en Francia, Italia y Países Bajos, respectivamente. Estas interpretaciones tienen en común que parten del estudio y significado de los principios establecidos en la compilación justiniana; no obstante, esto va a cambiar a partir de los postulados generados en la Revolución francesa.

En la tradición continental, después de la gran revolución, las autoridades tienen como parámetro de actuación a la ley, sin que exista posibilidad de llevar a cabo ningún tipo de interpretación autónoma, ya que el nuevo paradigma da prioridad al trabajo del legislador por encima del trabajo que lleva a cabo el Ejecutivo y el Judicial.

⁸⁰ *Ibidem*, 34.

⁸¹ *Ídem*.

VII. LA JURISPRUDENCIA TÉCNICA Y EL ORIGEN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Esta etapa resulta toral para comprender la separación entre el derecho como conjunto de normas producidas por un país y la ciencia del derecho. El concepto de jurisprudencia en este momento va a comenzar a identificarse con la actividad llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, no por los académicos; acuñándose el concepto de *dogmática jurídica* para substituir a la otrora jurisprudencia teórica. Es importante señalar, que este significado solo va a aparecer en la tradición continental, ya que en el *Common Law* la connotación de “jurisprudencia” seguirá aludiendo a la ciencia del derecho.

Podemos decir, que en los países de tradición continental solo puede determinarse la importancia de la jurisprudencia técnica si la consideramos en relación con la ley. Dada la propensión de los jueces que pertenecen a tal tradición a fundamentar todas sus soluciones en un texto legal. En ese sentido, el papel de la jurisprudencia técnica aparece tras la apariencia de la interpretación o de la integración de la ley; además, debemos precisar que los jueces europeos, desde finales del siglo XVIII hasta principios del XX, no tienen claro el principio de supremacía constitucional, por lo que, la constitución podía ser trasgredida por el poder político, sin posibilidad de límites o contrapesos de parte del Poder Judicial.⁸²

En este orden de ideas, es de suma importancia reconocer a la jurisprudencia mexicana como el primer modelo de interpretación jurisdiccional, dentro de la familia continental, donde se materializa el principio de supremacía constitucional. Es decir, el caso mexicano no recibió influencia del modelo constitucional estadounidense,⁸³

⁸² Cfr. José Ignacio Martínez Estay, “El sistema europeo-continental de justicia constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 3, núm. 1 (2005): 151.

⁸³ Cfr. José Francisco García, “El control de constitucionalidad en El Federalista y los fundamentos de una sociedad libre”, *Revista Chilena de Derecho* 30, núm. 3, 497 y ss. La comprensión sobre el principio de supremacía constitucional y un orden jerarquizado de normas, donde la constitución tiene está por encima de

lo que le permitió introducir una figura que venía a proporcionar el control constitucional de parte de los jueces. El amparo se convierte en la institución más importante en la historia constitucional de corte romano-germano-canónica porque es a través de este mecanismo que los órganos jurisdiccionales pueden llevar a cabo un control sobre los actos y las leyes, con base en el contenido de la constitución.

En los países europeos de tradición continental, los jueces no podían intervenir priorizar la constitución, pues las ideas de la codificación tenían mucho peso. La intervención sobre los postulados de la constitución es exclusiva de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Esto quiere decir que en Europa el único control que llevan a cabo los jueces es sobre el modelo de legalidad, más no de constitucionalidad, ya que el control sobre la constitución comenzarán a concebirlo hasta el siglo XX, primero a vislumbrarlo con las ideas de Hans Kelsen, en la segunda década; y a aplicarlo hasta después de la Segunda Guerra Mundial.⁸⁴

Durante todo el siglo XIX, el trabajo de los jueces estuvo limitado por el contenido de la ley, además de que la jurisprudencia teórica tuvo como principal teoría a la escuela de la exégesis; sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, el modelo de interpretación en esta tradición cambió por la forma en que los derechos humanos influyeron en la decisiones jurisdiccionales; desarrollándose además de los conceptos de legalidad y constitucionalidad, un nuevo parámetro de actuación denominado convencionalidad.⁸⁵

Ahora bien, en el caso mexicano, la historia es diferente, como lo señalamos en párrafos anteriores, la introducción del amparo en el sistema constitucional mexicano vino a darle un giro a los postulados de una tradición que no veía con buenos ojos la inter-

cualquier decisión de parte de las autoridades se inicia con el modelo estadounidense, cuyo documento fundamental es El Federalista.

⁸⁴ *Ibidem*, 153 y ss.

⁸⁵ *Vid.* Antonio Flores Saldaña, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, (México: Porrúa, 2014) 383. Para un análisis integral de la evolución de la convencionalidad y su respectivo control véase *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*.

vencción de los jueces en el contenido de la constitución y menos aún si era para limitar la actuación de los otros poderes públicos (Legislativo y Ejecutivo). El amparo y la jurisprudencia constituyen las figuras que posicionaron a nuestro país en el modelo del control constitucional, incluso antes que a los países europeos.⁸⁶ La jurisprudencia técnica, en particular, nació como la herramienta ideal para comenzar a producir un modelo de interpretación constitucional.

Por tanto, si bien en esta tradición el papel de la jurisprudencia técnica aparece tras la aparición de la interpretación o de la integración de la ley, y los órganos jurisdiccionales parecían, en un principio, tener una actuación limitada. En las últimas décadas existe una tendencia a dar mayor participación a los jueces con miras a producir un derecho jurisprudencial, necesario para poder materializar el respeto a los derechos humanos.

La jurisprudencia técnica en la tradición continental tiene una fuerza más importante de lo que se pueda pensar. Hoy en día, el trabajo de los jueces es de suma importancia, pues ha pasado de ser un operador automático como lo pretendió la Revolución francesa y la escuela de la exégesis a convertirse en una figura capaz de impartir justicia integrando e interpretando las normas generales producidas tanto por el Legislativo como el Ejecutivo, convirtiéndose en un equilibrio entre los poderes y niveles de gobierno mediante el ejercicio jurisdiccional de defensa y protección de la Constitución, así como la interpretación de las normas de derechos humanos a través del novedoso control difuso; generándose una nueva faceta de la jurisprudencia, a partir del diálogo con los órganos jurisdiccionales internacionales.

⁸⁶ Cfr. Francisco Rubén Quiñónez Huízar, *Jurisprudencia y Control Constitucional en México*, (México: Editorial Flores, 2021) 41-44. La primera sentencia de amparo se dicta el 13 de agosto de 1849 en la ciudad de San Luis Potosí. Se trata de una resolución que abre el camino hacia el control constitucional de parte de los jueces. Asimismo, el primer modelo de creación jurisprudencial (reiteración), aparece con la tercera ley de amparo en el año de 1882.

VIII. CONCLUSIONES

Primera. De acuerdo con el significado contenido en la definición romana, proporcionada por Ulpiano, la jurisprudencia tiene dos connotaciones inmersas, esto es, a) como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, lo que la coloca en un campo auténticamente filosófico; b) así como el plano científico sobre lo justo y lo injusto. Cabe resaltar entonces, que, en su origen, el concepto se ubica entre lo filosófico y lo científico.

Segunda. Con el transcurso del tiempo, su significado además de oscilar entre lo filosófico-científico pasó a entenderse como el conjunto de decisiones de los tribunales; por lo tanto, también se refiere al acervo de resoluciones que en general, e indistintamente, emiten los impartidores de justicia, esto es, a los criterios de interpretación generados por los órganos jurisdiccionales.

Tercera. En Roma, en la época monárquica, los pontífices, de manera exclusiva, realizaron la tarea de interpretar el derecho. Tarea que después fue asumida por los jurisconsultos: hombres entendidos en las normas jurídicas. Cuando el derecho romano evolucionó de una concepción religiosa a una científica-filosófica a través del modelo jurisprudencial, la *interpretatio prudentium*, se convirtió en la única herramienta para la generación de la *iurisprudencia*.

Cuarta. Con la llegada a Europa de los pueblos bárbaros, la forma de creación jurisprudencial desaparece. Consecuentemente, el nuevo derecho en Europa considera en su creación únicamente la influencia cristiana y las costumbres germánicas, pero deja de lado el aspecto científico. Ello trajo consigo importantes consecuencias, ya que separar el modelo racional en la toma de decisiones jurídicas, para conservar el modelo cristiano y las costumbres bárbaras provocó la extinción de juristas, dando origen a la supremacía de lo elemental y lo arcaico.

Quinta. Lo que se conoce como *segunda vida del derecho romano* corresponde al estudio de esa gran compilación ordenada por el emperador Justiniano, entre el 530 y el 534, conocida como *Corpus Iuris Civilis*. Lo importante de esta compilación radica en que constituye

el punto de partida de la jurisprudencia como ciencia que habría de renacer en Europa en el siglo XI. La interpretación jurídica en Europa, del siglo XI al XVIII, se llevó a cabo por los *Glosadores* y *posglosadores*, a través de las escuelas denominadas *Mos Galicus*, *Mos Italicus* y *Jurisprudencia Elegance*.

Sexta. El dualismo de los sistemas jurídicos (romano y canónico) condujo a un pluralismo de sistemas jurídicos seculares dentro del orden jurídico religioso y, específicamente, a la competencia de jurisdicciones de los tribunales de la Iglesia y laicos. No obstante, para mantener ese complejo equilibrio de sistemas jurídicos plurales en competencia fue preciso realizar la sistematización del derecho, que permitiera la reconciliación de autoridades en conflicto. Lo que originó a partir de entonces, la idea de sistema jurídico. Esta ordenación se llevó a cabo por la jurisprudencia medieval.

Séptima. Las universidades se convierten en los centros de difusión de doctrinas filosóficas y principios políticos que serían esclarecidos y reformados por el contenido del derecho y los comentarios de la jurisprudencia. Siendo las universidades la avanzada del propio derecho romano; este se convierte en la primera disciplina académica de la historia de Europa: la jurisprudencia.

Octava. Bajo la influencia de la Reforma gregoriana, el descubrimiento de los textos romanos justinianos y el ascenso político espiritual del papado, el *Ius Canonici* medieval alcanzó su plenitud y pasó a formar parte de la esencia del *Ius Commune*. Si bien mantuvo su autonomía dentro de los claustros universitarios y una tensión, a veces muy rica, en resultados prácticos con el derecho romano, lo cierto es, que las facultades de cánones fueron otros espacios donde se desarrolló la jurisprudencia y se formaron los juristas europeos.

Novena. El constitucionalismo moderno es la formalización jurídica del tránsito del absolutismo del Antiguo Régimen al Estado liberal y democrático de derecho. No se debe confundir el término *constitucionalismo* con la *jurisprudencia constitucional*, disciplina que, describe un conjunto de disposiciones, prácticas o costumbres aceptadas como la constitución y manejadas bajo los cánones reconocidos de la interpretación jurídica. El constitucionalismo es la ideología ju-

rídica de la jurisprudencia dogmática constitucional; y esta, a su vez, es la ciencia del derecho que se encarga del análisis de las normas jurídico-constitucionales.

Décima. La jurisprudencia como ciencia de la constitución comenzó a desarrollarse en Occidente a partir de la consolidación del Estado de derecho, de tal forma que por primera vez la ciencia del derecho comenzaba a analizar la normatividad fundamental en el Estado moderno. Es decir, las constituciones comenzaron a estudiarse desde la perspectiva de la ciencia y de la filosofía del derecho como regla jurídica fundamental de los estados nacionales, no solo como poder político, cuyo campo le compete a la ciencia y a la filosofía política.

Décima primera. El surgimiento del Estado de derecho resulta total para comprender la separación entre el derecho como conjunto de normas producidas por un país y la ciencia del derecho. El concepto de jurisprudencia en este momento va a comenzar a identificarse con la actividad llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, no por los académicos; acuñándose el concepto de *dogmática jurídica* para substituir a la otrora jurisprudencia teórica.

Décima segunda. En los países de tradición continental, el papel de la jurisprudencia técnica aparece tras la aparición de la interpretación o de la integración de la ley; además, debemos precisar que los jueces europeos durante etapa del constitucionalismo (finales del siglo XVIII, XIX y principios del XX) no tienen claro el principio de supremacía constitucional, por lo que, la constitución podía ser trasgredida por el poder político, sin posibilidad de un límite de parte del poder judicial.

Décima tercera. En el caso mexicano, la introducción del amparo en el sistema constitucional mexicano vino a darle un giro a los postulados de una tradición que no veía con buenos ojos la intervención de los jueces en el contenido de la constitución y menos aún si era para limitar la actuación de los otros poderes públicos (Legislativo y Ejecutivo). Por tanto, el amparo y la jurisprudencia constituyen las figuras que posicionaron a nuestro país en el modelo del control constitucional, incluso antes que a los países europeos.

BIBLIOGRAFÍA

- Adame Goddard, Jorge. "Jurisprudencia". En *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2ª ed., t. IV. México: Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Berman, Harold J. *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús. *Historia del derecho romano y de los derechos neoromanistas*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.
- Bonifaz Alonso, Leticia. *El problema de la eficacia en el derecho*. México: Porrúa, 1999.
- Caballero, José Antonio. "La transición del absolutismo al Estado de Derecho". En *Transiciones y diseños institucionales*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.
- Cappelletti, Mauro. *Obras. La justicia constitucional/Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México: 2007.
- Cossío, Alfonso de. *Instituciones de derecho civil*. España: Alianza Editorial, 1975.
- Del Arenal Fenochio, Jaime. *Historia mínima del Derecho en Occidente*. México: El Colegio de México, 2016.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. "Jurisprudencia". T. XVII. México: Editorial Bibliográfica Omeba, 2009.
- Escrache, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Edición facsimilar. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones jurídicas, Miguel Ángel Porrúa, Instituto de Estudios Parlamentarios "Eduardo Neri", 1998.
- Ferrier, Claudio José. *Paratilla o Exposición de los títulos del Digesto (1853)*. Edición facsimilar. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
- Flores Saldaña, Antonio. *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*. México: Porrúa, 2014.
- García Gárate, Alfredo. *Introducción al estudio del derecho canónico*. España: Dykinson, 2006.

- González, María del Refugio. *La legitimidad de la Constitución de Apatzingán y la supervivencia de las instituciones virreinales*. México: CIDE, 2015.
- Grossi, Paolo. *El orden jurídico medieval*. España: Marcial Pons, 1996.
- Guastini, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa-UNAM, 2000.
- Hastings, Adrián. *La construcción de las nacionalidades*. España: Cambridge University Press, 2000.
- Hermoso Larragoiti, Héctor Arturo. *Del sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México*. México: SCJN, 2013.
- Hunt, Lynn. *La invención de los derechos humanos*. España: Tusquets Editores, 2007.
- Iglesias Ferreiros, Aquilino. *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*. España: Marcial Pons, 1996.
- Jaramillo, Carlos Ignacio. *El renacimiento de la cultura jurídica de Occidente*. México: Porrúa, 2019.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. España: Editorial Ariel, 1986.
- Margadant, Guillermo. *Panorama de la historia universal del derecho*. México: UNAM, Miguel Ángel Porrúa, 1996.
- Margadant, Guillermo. *El derecho privado romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea*. México: Editorial Esfinge, 1989.
- Margadant, Guillermo. *La segunda vida del derecho romano*. México: Miguel Ángel Porrúa, 1989.
- Martínez Estay, José Ignacio. “El sistema europeo-continental de justicia constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 3, núm. 1 (2005).
- Merryman, John, et al. *La tradición jurídica Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Moliner, María. *Diccionario del uso del español*. T. I (a-i). España: Editorial Gredos, 2007.
- Narváez Hernández, José Ramón. “Jurisprudencia”. En *Diccionario Histórico Judicial de México: Ideas e Instituciones*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

- Nino, Carlos Santiago. *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*. México: Distribuciones Fontamara, 1999.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo. *Historia general del derecho*. México: Oxford, 2014.
- Quiñónez Huízar, Francisco Rubén. *Génesis de la cultura jurídica y del sistema jurídica en México. Un modelo para su estudio*. México: Editorial Flores, 2021.
- Quiñónez Huízar, Francisco Rubén. *Jurisprudencia y control constitucional en México*. México: Editorial Flores, 2021.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*. México: Editorial Themis, 1996.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. México: UNAM, 1979.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*. México: Huber, 1999.
- Tapia Ramírez, Javier. “La influencia del Código de Napoleón en la ordenación sistemática del Derecho Civil mexicano”. En *Código de Napoleón. Bicentenario. Estudios Jurídicos*. México: UNAM-Porrúa, 2005.
- Zertuche García, Héctor Gerardo. *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. México: Porrúa, 1990.

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 ALEXYS 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 incontes-
table 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.



COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES

PERCEPCIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN LA MATERIA PENAL

Miguel Ángel Legorreta Bravo*

El tema de *EX LEGIBUS* en esta edición es la justicia indígena, sin duda alguna el haber considerado a las personas o grupos que pertenecen a pueblos originarios es el reconocer nuestra identidad como mexicanos y mexiquenses, ya que nos debe de llenar de orgullo el conocer y aprender de las comunidades que nos comparten sus costumbres y la forma en la que viven cada día, aunado a que después de mucho tiempo se estableció un criterio con el que se pudo reconocer la identidad en el ámbito jurídico con el solo hecho de la autoadscripción, lo cual se plasmó en la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con datos de registro gaceta del semanario judicial de la federación, libro 15, julio de 2022, tomo II, página 1933, de la Undécima Época, cuyo rubro es el siguiente: *Derecho de toda persona a ser reconocida como parte de una comunidad indígena. La autoadscripción como integrante de una comunidad indígena que realiza una persona hasta la demanda de amparo directo requiere que el tribunal colegiado analice si es posible detonar en su favor los derechos reconocidos en el artículo 2o. de la Constitución Política del país.*

Hacer mención de los pueblos indígenas implica considerar lo expresado en el artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el citado numeral se concentran los derechos que le son inherentes a las personas que les reviste tan distinguida calidad, los cuales anteriormente no les eran reconocidos, al colocarlos en un espacio en donde se desatendía o simplemente no eran toma-

* Servidor público del Poder Judicial del Estado de México, en funciones de juez de control especializado en cateos, órdenes de aprehensión y medidas de protección, en línea.

dos en consideración y mucho menos se velaba por los asuntos en los que intervenían, lo cual ha cambiado, al tomar en consideración las últimas reformas que se han publicado en el citado ordenamiento, lo cual se traduce en el trabajo que realiza el Congreso de la Unión para que sean procurados y respetados los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, reconociendo que falta mucho para que se cumpla con un adecuado marco legal que atienda a sus necesidades, ya que en ocasiones solo se mencionan de manera fugaz sin que se dé un seguimiento a lo que es requerido por las personas que pertenecen a esas comunidades, que en muchos de los casos solo es el respeto a sus costumbres.

En el Código Nacional de Procedimientos Penales, se encuentra contemplado uno de los tres procedimientos especiales, intitulado “*Pueblos y comunidades indígenas*”, dentro del cual —artículo 420— se toma en consideración que, si se realiza una afectación al bien jurídico tutelado de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto la persona imputada como la víctima (o sus familiares) aceptan apearse al procedimiento instaurado por su comunidad se procede a declarar la extinción de la acción penal, no así en los supuestos en los que no se considere la perspectiva de género, la dignidad de las personas, el interés superior de los niños y las niñas o del derecho a una vida libre de violencia hacia la mujer, lo cual no procedería, aunado a que se excluirían los delitos previstos en la imposición de la medida cautelar consistente en la prisión preventiva oficiosa que se encuentre contemplado en la Constitución federal y el código mencionado, señalando que cualquier miembro de la comunidad podrá solicitar que así se declare ante el juez competente.

En el proceso penal acusatorio y oral, dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales, se encuentra inmersa la participación de diversos sujetos procesales, que pueden ser imputados, víctimas y ofendidos, así como agentes del Ministerio Público, asesores jurídicos y defensores, destacándose que se toma en consideración el pronunciamiento del artículo 45 en el que se contempla la importancia de que se cuente con un intérprete que tenga conocimiento de la lengua y cultura del pueblo o comunidad indígena, en la fracción

XI del artículo precisa que, la víctima u ofendido tiene derecho a recibir asistencia gratuita de un intérprete o traductor, el párrafo segundo del artículo 110 establece que el asesor jurídico deberá tener conocimiento de su lengua y cultura o en su defecto acompañarse del intérprete que tenga ese conocimiento, el artículo 113 es similar al artículo 109, la diferencia radica en que, se establece el derecho del imputado de contar con asistencia gratuita de un intérprete o traductor, finalmente, el artículo 410 contempla los criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad y se adiciona un aspecto muy importante, el cual se refiere a que, si el sentenciado pertenece a un grupo étnico o pueblo indígena se debe tomar en consideración sus usos y costumbres.

De lo anterior se advierte que, se encuentra información inmersa sobre este procedimiento, atendiendo a los requisitos, para que se pueda resolver declarando la extinción de la acción penal, lo cual, como se mencionaba en los párrafos anteriores, se encuentran señalados diversos artículos en los que se contempla el conocimiento de la lengua así como de las costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, advirtiendo que en el sistema penal se resalta la importancia de contar con una especialización, esos conocimientos que permiten allegar información y una adecuada asesoría a la persona que tenga la calidad de imputada o víctima, dentro de un proceso, siendo que, es necesario contar con personas especializadas como los intérpretes, defensores y asesores jurídicos quienes deben conocer de la lengua y costumbres, así como de la identidad de la persona que en su caso representen, teniendo la sensibilidad requerida, no se menciona en la norma, pero sí se requiere esta cualidad en las personas que tienen a su cargo la representación de un individuo, es evidente que el juzgador debe tener mayor conocimiento pues será él quien se pronuncie sobre los aspectos que sean sometidos a su conocimiento y resuelva conforme a derecho.

En ese mismo tenor, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el cuaderno de jurisprudencia *Derecho de las personas indígenas a ser asistidas por intérpretes y defensores en juicios y procedimientos judiciales*, en el que se destaca diversos pronunciamientos que servirán para poder ilustrar sobre la autodeterminación, las condiciones de los in-

térpretes y defensores y la intervención de peritos durante el proceso y el Protocolo para Juzgar con Perspectiva Intercultural: Personas, Pueblos y Comunidades Indígenas, en el que se aborda la interculturalidad y una guía para juzgar con perspectiva de interculturalidad y los estándares de protección de los derechos de las personas, pueblos y comunidades indígenas, por lo que se cuenta con información para su consulta y consideración para su aplicación, siempre con una observancia a los derechos humanos.

Por lo que hace al Poder Judicial del Estado de México, siempre a la vanguardia en cuanto a brindar un mejor servicio de acuerdo a las necesidades actuales, y en atención a los pueblos y comunidades indígenas no es la excepción, ya que en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, el diecisiete de marzo de dos mil veintitrés, se reformó el primer párrafo del artículo 8, el artículo 11, la denominación del Capítulo Quinto del Título Primero y el artículo 38; y se adiciona el inciso h) al artículo 1, el artículo 2 bis, la fracción V al artículo 19, los artículo 20 bis y 42 bis, un último párrafo al artículo 72 y un último párrafo al artículo 89, todo ello para contemplar una sala de asuntos indígenas, precisando su competencia, estructura y la fijación de jurisprudencia por precedente, atendiendo a que cuando fuera publicada la referida ley orgánica, siendo el seis de octubre de dos mil veintidós, contemplaba en el séptimo transitorio sobre la consulta de la Sala de Asuntos Indígenas.

Sin duda alguna el derecho se transforma, y en la dinámica se advierten diversos aspectos que se deben tomar en consideración, la preparación constante de los juristas permitirá que todos los procesos en los que intervienen, se respeten los derechos de las personas que pertenecen a pueblos o comunidades indígenas, sobre todo en materia penal, la cual, exige una mayor preparación y sensibilidad por parte de los abogados, quienes brindaran un servicio de calidad, ya que no basta mencionar que los juzgadores resolverán o que ya existe una sala en la que podrá detectar algún aspecto que no fue contemplado en el proceso, sino que, se debe tomar una conciencia de servicio, ya que el apostar por un error por parte de los operadores no es considerado ético, por ello se debe atender a la especialidad y no a la improvisación, ni mencionar a los que formaran parte de la

sala de asuntos indígenas ya que en ellos tendrán la responsabilidad de resolver asuntos en los que podrán tutelar los derechos humanos de las personas que pertenecen a pueblos o comunidades indígenas.

Por lo que se hace una invitación a todos los juristas a consultar las normas, jurisprudencias, protocolos, doctrina, etcétera, toda aquella aportación de conocimiento que nos permita facilitar información en nuestra noble labor, la hermenéutica jurídica siempre será una fiel compañera en nuestra formación y actualización para poder enfrentar los nuevos retos que el derecho nos demanda.

RESEÑAS



Rodríguez Castro, Yuriria, *El terrorismo transnacional y del narcotráfico mensaje terrorista, violencia y derecho penal. Aproximaciones a un modelo preventivo*, España, Bosch editor, 2022.

Vico Goldberg

El *Terrorismo transnacional y del narcotráfico* es un libro escrito por la doctora Yuridia Rodríguez Castro que consta de cinco capítulos, durante los cuales se desarrolla de manera detallada y digerible cómo algunos grupos criminales han perfeccionado de manera significativa la forma que tienen de difundir violencia para provocar miedo, valiéndose de mensajes y discursos que se componen con determinada simbología. Estos mensajes en la mayoría de los casos, dejados por los autores materiales de actos criminales, tienen la finalidad de difundir la atrocidad de dichos actos entre ciertos sectores de la sociedad —o como hace referencia la autora, “civiles no combatientes”—, asimismo, buscan se les reconozcan y atribuyan hechos delictivos, invitando a que otros sujetos vean la facilidad con la que los realizan, y con ello, retar al Estado mismo que se ve vulnerado al tratar de impartir justicia de manera pronta y expedita, ya que en ocasiones no puede encuadrar la conducta que despliega el activo al perpetrar un crimen en cuanto a la materia penal, pues a este le importa poco la punibilidad que le pudiera imponer por la comisión de dicho delito.

Se puede afirmar que en apariencia, el único objetivo del perpetrador es mostrarle al mundo de lo que puede ser capaz, siendo preocupante la vulneración que sufre el Estado de derecho al verse superado por este tipo de atrocidades. Por esta razón, la autora de manera muy acertada, inicia su obra centrándose en la escena del crimen, con la finalidad de que el lector se adentre y tenga un mejor entendimiento de cómo se compone este tipo de escenas y su complejidad al estudiar la misma, para ello la autora se apoya en los principios de Locard, para que se pueda comprender de una manera precisa lo que motiva al activo a desplegar una conducta delictiva au-

xiliándose del estudio de la criminalística, criminología y el derecho, pues son parte fundamental para esclarecer el móvil de una escena del crimen.

Algo que hace este libro particular es la manera en la que se aborda al terrorismo transnacional y al narcotráfico, pues se enfoca en un elemento de suma importancia que nadie había tomado con tanta consideración como lo hizo esta autora, al centrarse en la comunicación o como ella refiere “acto criminal de la comunicación”, la cual resulta de gran interés por todo lo que este término engloba, ya que no solo se encauza en el estudio de la psique del delincuente, sino que va más allá, mostrando la actuación y el cinismo del perpetrador de estos actos para hacerse notar ante la sociedad mediante signos y símbolos que deja en la escena del crimen con la intención de dejar en claro a una sociedad aterrorizada y violentada el mensaje de “yo estuve aquí,” y a su vez, hacerse notar, convirtiéndose desde ese momento en un acto de índole terrorista, pues buscan llamar la atención y a la par sobrepasar fronteras.

Lo grave del caso es que jurídicamente el derecho penal tradicional ha quedado rebasado al tratar de prevenir estos actos mediante una pena punitiva, la cual queda inoperante, porque, como se narra, a los grupos criminales poco les importa el tipo de castigo que se les imponga, su misión es la difusión de una ideología donde impera la incitación para que más personas consuman contenido violento y, con ello, expandir sus ideas, logrando convertirse así —de manera rápida— en un grupo terrorista.

Para poder entender cómo nace el terrorismo transnacional y la afectación que este produce a nivel internacional, la obra se centra en la investigación de varios grupos anarquistas y paramilitares que adoptan este *modus operandi*, dándole basta importancia a uno de los grupos más violentos y sanguinarios: el Dáesh.

La autora relata los antecedentes del grupo para tener un mejor entendimiento de cómo se maneja, ya que se caracteriza por ser de los más extremistas y por haber conseguido muchos seguidores al difundir cientos de actos violentos alrededor del mundo, su ideología se centra en la creación de un califato con la finalidad de elegir

un líder religioso y político que controle a todos los musulmanes e impere de manera única las leyes del islam.

Como hemos podido observar hasta aquí y al analizar la obra de la doctora Yuriria Rodríguez Castro, se hace notar la importancia que da a las TICs y a su estudio a través de la semiótica para tratar de explicar el terrorismo transnacional y del narcotráfico, por medio del acto criminal de la comunicación haciendo uso de todas las tecnologías del siglo XXI para difundir sus mensajes.

En esta cuestión hay que hacer una connotación de que el fenómeno del terrorismo es interdisciplinario, pues afecta a varios sectores de la sociedad, tal es el caso de lo político, cultural, económico, religioso y social a través de las TICs. En el mismo sentido este libro otorga un contexto más claro sobre el terrorismo transnacional al referir algunos ataques que tuvieron un impacto muy relevante para el mundo, como lo fue el atentado a las torres gemelas el 11 de septiembre de 2001 o el ataque del periódico Charlie Hebdo el 7 de enero del año 2015 en París, por mencionar algunos; asimismo, el libro cobra mayor relevancia cuando se enfoca a la situación que vive América Latina, particularmente la de México y el fenómeno del narcotráfico, pues es un mal que por años a aquejado a todo nuestro país y que por desgracia, sexenio tras sexenio empeora.

En esta tesitura, la manera de expresar el descontento que tiene la autora hacia el gobierno y su manera de actuar se hace evidente por la forma cruda en que nos muestra la situación del narcotráfico y cómo con el tiempo y gracias a la influencia de grupos de medio oriente, estos han adoptado su *modus operandi* para infundir la violencia y el miedo, demostrando a todas voces que el gobierno los ha dejado actuar de forma impune, convirtiéndose en un claro partícipe y evidenciando que el Estado ha fallado, pues estos grupos han sabido tomar el control de varios ámbitos, como el económico y político a través de la democracia, así como el religioso, pues entre la población hay ciertos adeptos que idolatran a estos grupos o, en su defecto, a sujetos que actúan en solitario viéndolos como deidades.

Lo grave aquí es que el Estado de derecho en México, por años, se ha visto rebasado por estos grupos, dejando así al Derecho inope-

rante para poder imponer una sanción, es en este apartado donde la doctora Yuriria da su punto de vista en cuanto a las medidas que podrían tomarse en el caso de México para prevenir el terrorismo que ha venido afectado a nuestro país, sin embargo, este se ha hecho de oídos sordos asegurando que el terrorismo es un fenómeno que aún no nos alcanza, que no existe en nuestro territorio como tal, pese a que ha vislumbrado con más fuerza a través de los años, por esta razón, la autora propone la creación de una Unidad de Inteligencia en Comunicación Preventiva de Células Terroristas en México, algo que, sin lugar a dudas revolucionaría la forma de combatir no solo al narcotráfico, sino al terrorismo interno de nuestro país como su implementación para evitar que estos escalen a nivel transnacional.

Para finalizar, no me queda más que recomendar ampliamente esta obra, el tener la oportunidad de leerla y analizarla deja satisfecho al lector, por la forma digerible en que la doctora Yuridia Rodríguez Castro aborda cada uno de sus capítulos al tratar temas que impactan al mundo entero.

Desde mi punto de vista agradezco la valentía de hablar y sacar a la luz con esta obra tan arriesgada, crítica y directa, la problemática del terrorismo, dejando al descubierto lo deficiente e incapaz que ha sido nuestro gobierno para combatir primero al narcotráfico y segundo al terrorismo, mostrándonos la crudeza que estamos viviendo, ya que la violencia se ha vuelto —lamentablemente—el pan de cada día y que ha sido adoptada con tanta naturalidad por el mundo y las nuevas generaciones, demostrando la corrupción e ineptitud de cómo se manejan nuestras autoridades mexicanas para la impartición de justicia y con ello, combatir este tipo de problemáticas.

Abreu y Abreu, Juan Carlos, *Una justicia transicional para México. Experiencias y realidades*, México, FGR-INACIPE, 2021.

Manuel de J. Jiménez Moreno*

El pasado informe del Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU sobre su visita a México ha generado diversas reacciones y opiniones en el gobierno y medios, entre periodistas y especialistas, entre académicos y activistas. Sobre su contenido, se ha subrayado la crisis forense y las 36 sentencias que son contrastadas con las 121 personas desaparecidas en el país. Sin duda, una cifra descomunal que sigue creciendo y estremeciéndonos. Sin embargo, entre esos datos duros, hay algunas voces que se escurren y escuchan entre los párrafos y tecnicismos. El informe cita, en ciertos pasajes, testimonios sobrecogedores de víctimas, uno de ellos dice: “de fe y esperanza vive el ser humano, pero habiendo injusticia su alma nunca descansa”.¹

En efecto, la impunidad es rasgo estructural del sistema judicial mexicano y, más aún, es un elemento que revictimiza y mina el ánimo –*animus*– de las personas. Cuando no se institucionaliza y administra justicia, el alma de los pueblos va menguando y sucede, como dice la epífora del poema “La desaparición de una familia”: “y de esta vida al fin, habrás perdido toda esperanza”.² Juan Luis Martínez escribió este verso en el Chile pinochetista buscando dar cuenta de una realidad atroz, ahora conocida por todos nosotros. Por otro

* Académico de la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conahcyt. Contacto: <mjimenezm2@derecho.unam.mx>.

¹ Informe del Comité contra la Desaparición Forzada sobre su visita a México al amparo del artículo 33 de la Convención, p. 5. Consultado en: <<https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2022/04/Informe-de-visita-a-MX-del-Comite-contr-la-Desaparicion-Forzada-abril-2022.pdf>>

² Martínez, Juan Luis, *La nueva novela*, Santiago de Chile, Ediciones Archivo, 1985, p. 137.

lado, nuestro autor, Juan Carlos Abreu y Abreu, también resintió la realidad atroz de su país y nos transmite, no con poemas, sino con un estudio monográfico, el mensaje apremiante de que se requiere reflexionar sobre ciertos temas difíciles para que la injusticia no avasalle nuestras vidas.

Verdaderamente existía la necesidad de escribir sobre justicia transicional en México y colocar el tema con cierta urgencia en la comunidad académica y lectora. No estoy diciendo aquí que el doctor Juan Carlos Abreu haya sido el primero en publicar sobre justicia transicional en nuestro país, pues existe una bibliografía previa. Por ejemplo, están los libros de la doctora Eva Leticia Orduña, que componen un arco entre *Verdad y justicia ante hechos del pasado* (2008) hasta *Hacia una interpretación del tema del genocidio en Centroamérica* (2021), escrito este último a cuatro manos con Sergio Palencia Frenner. Recientemente esta investigadora de la UNAM publicó *Genocidio y justicia transicional en Guatemala. Un acercamiento desde la historia oral* (2023). También en 2021 apareció *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la justicia transicional*, de Andrés Cervantes Valarezo y, en 2022, *Construcción del derecho a la verdad*, de Juana de Jesús Santiago. Como se puede observar, el libro de Abreu se une a estas obras que vieron la luz en los últimos años, mostrándonos la exigencia e importancia que tiene hoy hablar de justicia transicional en México.

Sin lugar a dudas, este libro ofrece a especialistas y al público interesado los conceptos clave de la materia –más bien habría que decir asignatura pendiente–, las herramientas normativas aplicables y un breve repaso sobre algunos procesos de justicia transicional que la experiencia mexicana tiene que visitar: Argentina, Chile, El Salvador, Nicaragua, Colombia, Ruanda, Israel y Palestina. Entre otras cosas, se desarrolla lo que el autor define como “los cuatro pilares de la justicia transicional”: verdad, justicia, reparación y no repetición. Repitiendo ese cuadro proporcional, también existen cuatro elementos que componen esta modalidad de justicia:

- (i) los *procesos penales* contra los responsables de los crímenes;
- (ii) los *procesos de esclarecimiento de la verdad* o investigaciones sobre las violaciones a los derechos humanos por parte de órganos no judiciales;
- (iii) la *reparación* individual, colectiva, material y simbólica; y
- (iv) las

reformas jurídicas e institucionales, que podrían afectar a la policía, a la justicia y a los militares.³

Algo que hay que resaltar es el trabajo de acotación conceptual del autor. A lo largo de la obra se presentan una serie de aproximaciones conceptuales que auxilian a la mejor comprensión del tema. Por ejemplo, el «estado de derecho» se entiende como “la promoción de un orden social justo y, los objetivos más particulares, que persiguen las medidas de justicia de transición”.⁴ La «justicia transicional», materia central, se explica como “aquellos procesos que (...) lidiaban con los dilemas morales, legales y políticos que se cernían sobre regímenes post autoritarios que iniciaban una transición a la democracia”⁵ o, en su caso, la «justicia restaurativa», que entraña “un sistema de justicia penal que intenta subsanar los problemas presentados por las formas retribucionistas o transicionales en las cuales se procura resarcir el daño acaecido por la comisión [de] delito, a través del castigo impuesto a los individuos o de la negociación”.⁶ El «perdón público» “es ‘voltear la página’, es aceptar, tolerar, entender, dejar atrás situaciones de violencia y conflicto en el pasado”.⁷ Por su parte, las «comisiones de la verdad» “fungen como organismos de investigación, caracterizándose porque no sustituyen al poder judicial doméstico y no tienen efecto vinculante para los estados”.⁸

Hacia el final del libro, entre el capítulo XII al XV, el autor desemboca todas las reflexiones anteriores, que sirvieron de antecedentes y sustento teórico-metodológico, a la realidad mexicana. Los conceptos de pacificación nacional y políticas públicas toman aquí un lugar protagónico y constituyen el eje de la propuesta de Abreu. Por esta razón, nuestro autor subraya los esfuerzos conjuntos que deben acompañar al proceso de justicia transicional en nuestro país:

³ Abreu y Abreu, Juan Carlos, *Una justicia transicional para México. Experiencias y realidades*, México, FGR-INACIPE, 2021, p. 7.

⁴ Abreu y Abreu, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 4.

⁵ *Ibidem*, pp. 5-6.

⁶ *Ibidem*, p. 58.

⁷ *Ibidem*, p. 47.

⁸ *Ibidem*, p. 57.

El debate de la justicia transicional resurge y ocupa a sus promotores en el marco del discurso de democratización y la pacificación nacional del actual gobierno, se vuelve entonces necesario pensar en los mecanismos e instrumentos que realmente posibiliten a la justicia transicional como herramienta de transformación política, jurídica y social que no contribuya a perpetuar ni legitimar a estructuras ni prácticas autoritarias que han participado o ignorado abusos y ocultamientos en acciones de violaciones de derechos humanos.⁹

Antes de llegar a eso, habrá que iniciar contando y narrando la verdad por parte de las víctimas, cuidando sus palabras y cultivando una memoria común. Algunos filósofos han reflexionado sobre eso, por ejemplo, Reyes Mates considera la viabilidad de la construcción de una justicia anamnética y Michel Foucault habló sobre el coraje de la verdad y la *parresía*. El informe antes mencionado afirma que “entre 2006 y 2021 se produce un crecimiento exponencial de las desapariciones en el país, pues un porcentaje superior al 98 % tuvo lugar en dicho período”.¹⁰ No cabe duda que a partir de la llamada “guerra contra el narcotráfico” y la salida del ejército a las calles, las víctimas se multiplicaron exponencialmente.

En este sentido, pienso que *Una justicia transicional para México* constituye una especie de fotografía –panorámica, por cierto–, tomada por su autor desde su circunstancia y condición de jurista mexicano que busca sistematizar y reflexionar sobre el problema de los derechos humanos en el México del siglo XXI, sin descuidar la óptica dogmática e historiográfica. La tensión, a mi modo de ver, se da entre derecho, tiempo y memoria. La propuesta del libro es enunciada claramente por Abreu desde la Introducción: “delinear un análisis sobre las condiciones de la justicia transicional en México, partiendo de nociones que se han acuñado desde la *posguerra* en diversas latitudes y que han sido trascendentales para la evolución de la justicia

⁹ *Ibidem*, p. 111.

¹⁰ Informe del Comité contra la Desaparición Forzada sobre su visita a México al amparo del artículo 33 de la Convención, *op. cit.*, p. 3.

penal internacional para investigar, juzgar y condenar en procesos de graves violaciones de derechos humanos”.¹¹

En este sentido, este libro debe ser leído teniendo en cuenta el recuento de los daños de nuestra historia reciente. En la investigación se abre nuevamente la herida del expediente latinoamericano y, en particular, se hojea el capítulo mexicano; el libro operaría como una lupa jurídica que valdría la pena siempre tener a la mano. Hasta cierto punto, se puede palpar una preocupación por delinear una dogmática de la justicia transicional asequible para el lector. Sin embargo, para tener todos los elementos en el escritorio, este texto debe ser acompañado por otros tantos. Para dar cuenta de los hechos y experiencias a partir de 2006, se me ocurren libros testimoniales como *El tiempo de Ayotzinapa*, de Carlos Martín Beristain (2017), y *Procesos de la noche*, de Diana del Ángel (2017). Al igual que la sociología y la psicología social, la literatura aquí también puede ser de ayuda, por ejemplo, con *Dolerse. Textos desde un país herido* (2011), de Cristina Rivera Garza, que pone en el centro el sufrimiento de la guerra y el narco; *Antígona González* (2012), de Sara Uribe, que recrea el drama sofocleano dentro del contexto del movimiento de buscadoras; y *El libro centroamericano de los muertos* (2018), de Balam Rodrigo, que da voz a los migrantes en su viacrucis hacia el norte.

El libro de Juan Carlos Abreu y Abreu se integra a una serie de materiales fundamentales para comprender las grandes fallas jurídico-políticas de nuestro país en materia de derechos humanos, más allá de las etiquetas de Estado fallido o conflicto interno. De tal suerte que resulta lectura obligada para aquellos que busquen la verdad, consideren la memoria como un deber social o proyecten los senderos políticos hacia la pacificación nacional. Para transitar al siguiente *status*, donde un régimen fenece para dar paso a otro según la anaciclosis de Polibio, es necesario estudiar el viejo gobierno que no muere del todo y el nuevo que no acaba de nacer. Este libro nos ayuda a revisar ese proceso.

¹¹ Abreu y Abreu, Juan Carlos, *op. cit.*, p. XX.

Arellano Walter M., E. Oscar Torres, *Cuentos sin corbata*, México, Libitum, 2021.

Juan Carlos Abreu y Abreu

“Cuentos sin corbata” no se trata, únicamente, de una atrevida apuesta por romper el esquema tradicional de las obras jurídicas a las que en el gremio estamos habituados a leer, sino que es muestra de lo que, consideramos, avicina un relevo generacional de jóvenes académicos y académicas que están dispuestos a cambiar los paradigmas de la escritura jurídica para proponer nuevas formas de pensar, cuestionar, practicar y problematizar el derecho.

Si bien coincidimos en aquél viejo dicho que dice que “no hay que juzgar un libro por su portada”, es inevitable pasar de largo su “puerta de entrada”, es decir, la bella portada. Se trata de la pintura “Niña con pollo” autoría del reconocido pintor mexicano Diego Pérez, quien fue recipiendario del Premio Nacional Juvenil de pintura “Salud-arte” convocado por el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (CONACULTA) y el Sector Salud y quien, actualmente, expone en prestigiadas galerías de arte de Estados Unidos, Europa y Latinoamérica. La cubierta nos habla mucho del libro: es subversiva, creativa e, incluso, traviesa y provocadora.

Los profesores Walter M. Arellano y Óscar Torres fueron los responsables de la valiosa coordinación de este particular compilado de cuentos, labor que, notoriamente, realizaron de manera valiente, sistemática y audaz al invitar a destacadas personalidades del mundo jurídico, así como de llevar a cabo la magna tarea de ordenar la obra de tal forma que, en ocasiones, diera la impresión de que hay cierta continuidad o entrelazamiento en las historias que se exponen.

Este entretenido libro que, sin duda, lo podemos catalogar dentro del área de derecho y literatura, recopila una extensa lista de 20 cuentos hechos por juristas de distintas latitudes, centros académi-

cos y áreas del derecho, con un enfoque dual: por un lado, un alto sentido crítico -en algunas veces sarcástico- acerca de los problemas contemporáneos del derecho y, por otro, una notoria visión creativa y propositiva que difícilmente se puede hallar en libros académicos convencionales.

El texto está aderezado por un prólogo ligero, divertido e inteligentemente crítico a cargo de uno de los más destacados teóricos contemporáneos de la argumentación jurídica: el doctor Juan Antonio García Amado de la Universidad de Oviedo y de León, España, quien con una curiosa anécdota nos dibuja las altas expectativas del libro y de sus coordinadores y autores.

En esa misma línea, nos encontramos con el estudio introductorio del querido e ilustre doctor veracruzano Eduardo Luis Feher, quien, además de ser un prolífico investigador y académico, también destaca como ensayista, narrador y poeta.

Eduardo Luis Feher nos recuerda las conversaciones que entabló con Octavio Paz acerca de las grandes complejidades de la literatura y sus géneros contemporáneos y nos instiga a lo siguiente: “si estos insignes abogados se quitaron la corbata (*se refiere a los participantes del libro*) , el lector tiene también que ponerse cómodo...”, suscribimos la invitación del referido académico, ya que “Cuentos sin corbata” es un obra que se debe leer bajo la holgura de una mente despejada de términos, acuerdos y sinsabores de la vida jurídica práctica. En otras palabras, “Cuentos sin corbata” nos provoca a quitarnos “la corbata” que nos mantiene atados al rigorismo, a los dogmas y a la cerrazón formalista de la academia conservadora, para abrir la mente a una peculiar manera de conceptualizar y pensar el derecho -desde la literatura- a través de caminos poco explorados.

Una de las virtudes de este esfuerzo editorial que merece la pena reconocer es, justamente, su pluralidad. Los coordinadores se preocuparon por dar libertad creativa a los coautores de tal forma que, como si se tratara de un “buffet literario”, la persona lectora hallará una variedad de cuentos con distintas temáticas, posturas ideológicas y cosmovisiones, todo ello de la mano de un sinnúmero de personajes, contextos y circunstancias emanadas de la imaginación de las

personas autoras, en pocas palabras: hay cuentos para todos los gustos y para todo público.

Naturalmente, los cuentos de ciencia ficción tienen un papel protagónico, así pues, para quienes disfrutan de esta categoría literaria pueden empezar el libro con los siguientes cuentos: “Maremagnum en la calle 24” autoría del director del Seminario de Filosofía del Derecho (turno matutino), Jimi Alberto Montero Olmedo; “Los derechos ¿humanos?, de Pufu, el extraterrestre” de Walter M. Arellano; “El último juez” de la inigualable entelequia del literato y juzgador, Ricardo Guzmán Wolffer; y, finalmente, un particular cuento titulado “La noche en que todo se escribió” de la tinta del profesor ecuatoriano Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba.

La obra es rica en temáticas sensibles acerca de la naturaleza humana, la muerte no es la excepción, este tema es abordado de una manera profunda en dos cuentos, a saber: “Reflexiones de una vida” que es una interesante propuesta que nos obsequia el profesor español Javier Diez García y, por otro lado, “Vivir en el encierro” de la maestra en derecho Abigail Ureña, todo lo anterior, con un toque de nostalgia que nos trajo la terrible pandemia de COVID-19, tópico que también fue tratado en otras narraciones como es el caso de “Infección procesal” cuya paternidad ostentan las personas investigadoras Rina Pazos y Jorge Fabara de Ecuador; en esa misma línea, también, merece la pena detenerse a reflexionar sobre “*Ometeotl* y el coronavirus del COVID-19” del profesor universitario Sergio Islas Gutiérrez; y, por último, el tema del derecho a la salud se lleva al plano de la fantasía literaria con el cuento “Síndrome de Gertsmann”, fruto de la invención creativa de la distinguida catedrática Carina Gómez Fröde.

Cobra una especial relevancia el apartado relativo a los casos jurídicos hipotéticos-literarios, los cuales no sólo son útiles para su disfrute estético, sino también para su discusión en las aulas universitarias de las Facultades de Derecho y, ¿por qué no?, de otras disciplinas, pues nos muestran escenarios complejos cuya resolución puede ilustrar de manera panorámica los fenómenos normativos, así pues, bajo esa premisa llama la atención la inclusión de cuentos con este tamiz, como es

el caso de: “Tupaj frente a la realidad del siglo XXI” de la inventiva del joven académico Israel Sandoval; “El mejor abogado, sin el título de abogado” escrito por Anatolio González Emigdio; también destaca la participación del filósofo Rogelio Laguna, “¿Cómo será Madrid?”; así como “Un día en el Bufete Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho de la UNAM” de la brillante ex-titular de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (2013-2017), Perla Gallardo.

De igual forma, también podemos encontrar cuentos con un toque de realidad combinados con un toque de ficción, como se puede constatar de la lectura de “Cuentos de policías” del destacado profesor Víctor Catellón y “De retraso al café” del querido juez brasileño Tiago Gagliano Pinto.

Lo referente a los aspectos éticos y deontológicos también están considerados al paso de las páginas del libro, como se puede corroborar de la lectura de “Cuento de cómo me hice dogmático” fruto del talento jurídico-literario de Gerardo Laveaga así como “*Habemus abogado*” de la estimada maestra Trilce Ovilla.

De manera particular no pasan inadvertidos los demás cuentos, como es el caso de “La cuerda” autoría del investigador Fausto Kubli-García en el que se aborda lo concerniente a la obediencia y respeto a las normas jurídicas; sobresale el estilo del cuento “Uróboro” de la pluma de Gonzalo Ana Dobratinich el cual puede tener dos lecturas una de atrás para adelante y otra de adelante para atrás; y, finalmente, “Vivir a contratiempo” de la directora del Seminario de Filosofía del Derecho (turno vespertino), Abril Uscanga Barradas.

Luego de todo este fantástico “viaje literario” podemos estar en condiciones de afirmar que este libro es una muestra de cómo reflexionar acerca del derecho de una manera jurídica-literaria puede ser una labor seria y compleja, pero sin perder la jovialidad y frescura.

No omitimos mencionar que esta obra de cuentística jurídica tiene el respaldo editorial de Libitum una editorial joven que ha publicado una multiplicidad de fuentes bibliográficas vinculadas a la relación arte-derecho, temática que cada día parece ganar más terreno en las discusiones *iusfilosóficas* contemporáneas.

De todo lo anterior podemos concluir en que “Cuentos sin corbata” es una propuesta joven, propositiva y divertida que nos invita a cuestionar, criticar y pensar el discurso jurídico con categorías literarias, por supuesto, también rompe aquel prejuicio que señala a las personas abogadas como “poco creativas” o “cuadradas”, desde otra perspectiva, como diría en su prólogo el profesor García Amado “ya se sabe que entre abogados se gasta mucho el cuento”.

Douglas Price, Jorge Eduardo, *La decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

Ángeles Sofia Esquer Portillo

...el acto de decidir es el acto de juzgar, es entonces un acto de comprensión, pero lo que se interpreta no es la ley sino la conducta de alguien que entró en interferencia intersubjetiva con otro y el juez al interpretar formula elecciones que sólo tienen límite en su conciencia.

Cossío

La decisión judicial, es una obra escrita por el reconocido abogado Jorge Eduardo Douglas Price, se compone de trece capítulos en los que explica un tanto filosóficamente los procesos, la teoría, y el trasfondo, por mencionar algunos, sobre todo aquello que permea la actividad interna de un juez. Podríamos decir que es una obra abocada a descifrar ¿qué conlleva tomar una decisión?, y ¿cómo se construye la decisión?

A criterio de quien escribe, los trece capítulos que componen esta obra son relevantes, no obstante, los que resultan imprescindibles de abordar son: capítulo III) Tipos de jueces y tipos de sistemas decisorios; capítulo IV) Racionalidad y complejidad en la decisión judicial; capítulo V) decisiones a partir de principios y analogías; capítulo X) La decisión judicial y la teoría de la interpretación; capítulo XI) La decisión judicial y la teoría de la argumentación; and *last but not least*, capítulo XIII) ... Una tesis sobre la decisión judicial o... la insoponible levedad del Derecho.

El tercer capítulo de la obra, “Tipos de jueces y tipos de sistemas decisorios”, desarrolla una premisa interesante para analizar, a qué está orientado el sistema, a la resolución de conflictos o a la satisfacción de fines; sin embargo, ello no resuelve el fondo del asunto. Para el autor, los jueces como aparatos psíquicos, puestos en el rol de la toma de decisiones que tienen implicaciones en la vida o supuesto

sobre el que deciden, hoy por hoy se encuentran en una encrucijada que pone en jaque la comprensión de su propio rol lo que se debe a un factor de coherencia entre el diseño y la ideología del sistema jurídico. Esta introducción nos acerca a descifrar los modelos bajo los que operan los jueces partiendo de la autopercepción que tienen sobre el sentido y alcance de su rol, a saber: el modelo de la pirámide o de Júpiter, que representa las características exigidas por el sistema social como lo son coherencia, completitud, claridad, no redundancia, simplicidad y manejabilidad y que se observa insuficiente para tratar problemáticas actuales; el modelo de Hércules, el embudo y el “*dossier*”, que se traduce en el juez de la Constitución más que de la ley, es decir, el juez toma los derechos en serio, ubica los principios que dominan el imperio de la justicia que le ayudan a resolver el caso concreto, y en particular los casos difíciles; el modelo de Hermes, la red y el banco de datos, se aproxima al impacto de las nuevas tecnologías o las tecnologías del poder generadas por la sociedad, puede decirse que aborda un tema que pocos juristas hemos querido aceptar y que recae en observar o estudiar el sistema de derecho como una red, como un sistema sin centro, ni pretensión de verdad, como una circulación de sentido, implica contenerse con una multitud de mini racionalidades en el seno racionalidad ingobernable y por lo tanto... irracional en sus propios términos.

Por otro lado, nos acerca a los tipos de sistemas y tipos de judicaturas en los que se desarrolla la decisión de un juez y en las que influye el sistema y el contexto que los rodea. Para el autor se trata de un tipo determinado de organización judicial, una aparecida en el universo jurídico de la cultura occidental en el que varían los modos de funcionamiento conforme las formas organizativas del Estado y los tipos de judicaturas. En este apartado se analizan los distintos modos organizativos del Estado y permite observar qué grado de influencia tienen sobre la propia decisión judicial. Como es perceptible, el autor nos lleva desde la particularidad a la generalidad, es decir, debemos comprender al juez mismo, para posteriormente entender el porqué de su ser a través del sistema que le permea, y para ello resulta imprescindible el estudio de los sistemas decisionales a conocer: *common law*, continental europeo y mixto, agregando también una

nueva visión en el modo de resolver los conflictos, y que en nuestro mundo actual o realidad social, se encuentra en su auge.

Por su parte el cuarto capítulo de esta obra, “Racionalidad y complejidad en la decisión judicial”, nos advierte estar en un panorama teórico-epistemológico que nos introduce a comprender qué es lo lógico, qué es lo coherente, qué conlleva un buen razonamiento, en qué recae lo racional, qué son los hechos, en qué consiste el discurso argumentativo de las decisiones de los jueces, entre algunos otros temas que el lector observará a lo largo del capítulo. A modo de breve recuento, comienza con la crítica del silogismo judicial partiendo de que se observa y se difunde bajo un esquema silogístico que la decisión judicial es una secuencia compuesta por una premisa mayor o jurídica, ocupada por una norma o enunciado prescriptivo, una premisa menor o fáctica, ocupada por un aserto acerca de hechos, y una conclusión también normativa que declara que el caso “es o no es” uno de los considerados en el conjunto comprendido como antecedente en la premisa mayor. Para el autor se está ante un esquema idealizado que simplifica de forma extremista lo que conlleva la toma de una decisión, por ello a través de este capítulo se dedica a exponer y explicar los errores que conlleva un silogismo mal empleado o mal entendido, propone soluciones y nos invita a repensar la forma en que se llega a un buen razonamiento jurídico, siempre imperfecto en mi opinión.

El capítulo por sí mismo sirve como herramienta, como un arma de doble filo si así podemos decirlo, esto porque el conocimiento y comprensión de los límites y alcances del proceso interno y consecuencias externas de la decisión judicial resultan fundamentales y de gran utilidad en la vida diaria de un jurista, académico, del propio juez, y claro está, del postulante.

Con lo que respecta al capítulo cinco, “Decisiones a partir de principios y analogías”, se plantea una pregunta interesante, ¿qué es lo que permite estabilizar el sistema de derecho moderno?, la respuesta, el principio de igualdad. A través de esta pregunta se desarrolla un estudio de los orígenes y conceptualizaciones bajo las que se construye no solo el razonamiento, sino también el derecho mismo. Con-

ceptualmente De Giorgi, quien cita a Pods, sostiene que el principio de igualdad no tiene contenido semántico, aunque sí pragmático, toda vez que es un esquema operativo de naturaleza condicional en donde las constituciones modernas sustituyen al derecho natural o al derecho racional por principios operaciones realizables ellas protegen al derecho de la política y vuelven al sistema del derecho inune respecto de otros sistemas para el autor, esto se traduce en una constitucionalización del principio para dar tratamientos desiguales permitidos mientras estén lo suficientemente motivados. A través del contenido nos embarcamos a descifrar el porqué de los principios del derecho, el para qué de su uso en ausencia de leyes, y en las consecuencias del mal uso o mala interpretación de dichos principios. También se toma en consideración el papel que tiene la memoria para construir un sistema y que no simplemente presupone el tiempo, y que para comprender lo primero debemos saber ¿qué quiere decir “sistema”?

En el capítulo diez, “La decisión judicial y la teoría de la interpretación”, inicia con una breve cita de Charles Evan Hughes: “Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen”, aunque la frase fue pronunciada desde la visión de un político se traduce en dos importantes preguntas, ¿qué hacen los jueces cuando juzgan?, o bien, ¿cuál es el poder que detentan los jueces frente a las normas? Esto, es la apertura al entendimiento de la interpretación como proceso de atribución de significado a un fenómeno, o conceptualizado por el propio autor como el análisis de la composición orgánica interna de una institución.

A través de este capítulo descubrimos la conceptualización del término, como podemos observar, así como lo que abarca la teoría de la interpretación, la función de la interpretación, los problemas que se enfrentan al momento de interpretar, la evolución de los procesos interpretativos, la forma en que influyen las condiciones para interpretar, y el verdadero sentido de lo que es interpretar. Y, ello nos ayuda también a analizar desde una óptica similar a la jurisprudencia.

Ahora bien, el capítulo diez, “La decisión judicial y la teoría de la argumentación”, inicia con un primer planteamiento, ¿es la decisión

judicial una decisión racional?, qué diríamos de primera instancia y sin haber leído el capítulo, diría que se encuentra en los límites de lo racional y opta más por lo legalmente permitido, esto porque la decisión de un juez no debe en ningún momento transformarse en percepciones de lo moral o completamente racional, esto a criterio de quien escribe esta noble reseña, corríjanme si me encuentro en lo erróneo. Retomando al autor, tomar una decisión implica en los lares del derecho argumentar el porqué de la decisión, esto es, en la labor judicial la argumentación provee la pretensión de racionalidad o razonabilidad que aporta un elemento indispensable a la función sociológica de estabilización de las expectativas que cumple en derecho.

Para comprender lo anterior resulta imprescindible conocer las concepciones de la argumentación, la diferencia entre argumento y decisión, los presupuestos del deseo, los espacios de incertidumbre que produce la labor de argumentar, por mencionar algunas. El autor nos permite optar por una senda de argumentación en la que comprendemos el todo y no una parte, en la que somos capaces de coincidir o diferir en lo que él identifica como prototípica ambigüedad proceso-producto en la argumentación, que consiste por un lado en todo aquello que ocurre entre el problema y la solución, y por otro lado el conjunto de enunciados en los que cabe distinguir los elementos que componen al argumento.

Finalmente, el capítulo "...Una tesis sobre la decisión judicial o... la insoportable levedad del derecho", se trata de un cierre idóneo, y que, coincidiendo con el autor, la decisión judicial debe ser vista como un proceso continuo donde la observación-clasificación de los hechos viene mediada por estructuras ya presentes en la cultura, pero que son modificables según el patrón de analogías, lo que permite crear nuevas categorías...

Pocos se atreven a cuestionar el propio sistema, pero es a través del cuestionamiento que se puede permitir una crítica moral del derecho moderno. Digamos que es la joya en un librero.

Coincidiendo con Raffaele de Giorgi: estamos ante "un trabajo analítico y constructivo, un trabajo que unifica, secuencia e interde-

pendiza observaciones y auto observaciones, que se sirve del continuo entrelazar y tejer teorías, presupuestos epistemológicos, representaciones de técnicas decisionales, de motivaciones de su uso y de necesarias justificaciones de aquellas motivaciones.”

La obra *La decisión judicial* nos permite deconstruir y construir las nociones, conceptos e ideas preconcebidas, cuestionar o criticar aquello que creíamos conocer, Douglas Price nos comparte una nueva visión crítica, analítica sólida para replantear nuestra realidad respecto al panorama que plantea la decisión de un juez. El alcance de la obra permite al lector mostrarse crítico y cuestionarse sobre diversas posturas: i) entender el sistema académico, cómo nos enseñan y qué nos enseñan; ii) el terreno de lo práctico, qué tan complejo es un proceso intelectual interno, difícil de terminar de entender incluso desde el espectro psicológico; iii) el sistema de derecho, qué es un sistema y cómo se ha construido, los cambios e imposiciones, iv) los principios generales del derecho, qué son y cómo son utilizados en la labor diaria de un juez y del propio sistema de derecho; v) lógica, argumentación e interpretación, qué son, cuáles son los alcances y en dónde están los límites; vi) la decisión judicial, qué la permea, cómo se construye, qué conlleva y cómo evoluciona; vii) nuevas tecnologías, la percepción de un sistema de derecho envuelto en una red.

Lo anterior solo es un bosquejo, una generalidad de todo aquello que se contempla dentro de esta obra maestra que pone a trabajar el intelecto. El impacto que tiene recae principalmente en la comprensión sobre nociones que creemos dominar y conocer, pero que en la realidad contemplan diversas vertientes, alguien que comprende y prevé los peligros de una noción bien o mal empleada tiene el poder de generar un cambio en la práctica, de influir en el pensamiento del otro y de enseñar a través del conocimiento verdadero tomando los datos de la experiencia para seguir o cambiar lo establecido.

Debemos tomar esta obra como una herramienta que abona directamente a la tarea de los jueces, quienes en su actuar deben entender las implicaciones intelectuales de su labor, de igual forma aporta a postulantes, investigadores, académicos, por mencionar a algunos. Realmente es un libro que abona a la mente crítica.

La decisión judicial es una actividad sumamente compleja y tratarla como una operación singular o púnica conllevaría a una simplificación excesiva.

POLÍTICA E INSTRUCCIONES

POLÍTICA EDITORIAL

OBJETIVO, COBERTURA TEMÁTICA, Y PÚBLICO

La revista de Derecho *Ex Legibus* editada por el Poder Judicial mexicano a través de la Escuela Judicial del Estado de México, es una publicación semestral de carácter científico que aborda temas vinculados con el Derecho judicial y otras ramas de la ciencia jurídica. Su propósito es fomentar el análisis, debate y reflexión sobre dichos temas, procurando su conexión con la función jurisdiccional y la difusión del conocimiento en beneficio de la sociedad.

Sus contenidos están dirigidos a los operadores de justicia, investigadores, docentes, abogados y estudiantes de la ciencia jurídica en todos sus niveles.

Ex Legibus no solicita ningún tipo cobro por recibir, editar, publicar o descargar artículos.

POLÍTICA DE SECCIONES

La revista *Ex Legibus*, cuenta con las siguientes secciones:

- I. DOCTRINA. Se integra por el conjunto de artículos originales que traten sobre el mismo tema rector, el cual se especificará en la convocatoria correspondiente. La extensión de cada artículo deberá ser de 15 a 30 cuartillas.
- II. ESTUDIOS. Se integra por el conjunto de artículos originales que tratan temas distintos al especificado en la convocatoria, siempre que sean considerados de relevancia para el derecho y/o la función jurisdiccional. La extensión de cada artículo deberá ser de 15 a 30 cuartillas.
- III. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES. Se conforma por textos breves que contengan un análisis crítico y juicioso de la jurisprudencia de los tribunales del país, ya sean locales o

federales. La extensión de cada comentario deberá ser de 5 a 15 cuartillas.

- IV. RESEÑAS. Se conforma por textos breves que analizan alguna obra jurídica publicada recientemente. Salvo casos excepcionales (i.e. obras de trascendencia histórica o cultural), la fecha de edición del material reseñado deberá corresponder al año de publicación del número de la revista o al año inmediato anterior. La extensión de cada reseña deberá ser de 2 a 5 cuartillas.
- V. VARIOS. Se conforma por todos aquellos trabajos breves de interés jurídico o cultural que no se correspondan a la descripción de ninguna de las secciones anteriores. La extensión de cada trabajo deberá ser de 2 a 5 cuartillas.

CRITERIOS DE ACEPTACIÓN DE TRABAJOS

Solo serán considerados para su publicación los textos que cumplan con esta “Política Editorial”, con las “Reglas Técnicas” y con las “Instrucciones para los autores”. Toda esta información puede ser consultada en cualquier momento a través del microsítio de la revista *Ex Legibus*: <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/index>.

POLÍTICA DE ACCESO ABIERTO Y REÚSO

Ex Legibus es una publicación de acceso gratuito, consultable en línea a través de la página de internet de la Escuela Judicial del Estado de México: www.pjedomex.gob.mx/ejem/.

Una vez que un artículo sea aceptado para su publicación, los autores cederán los derechos de su texto al Poder Judicial del Estado de México, a través de la firma autógrafa de la “Carta de originalidad y cesión de derechos”. En caso de coautoría, cada uno de los autores deberá firmar dicha Carta. Los trabajos serán registrados con la Licencia *Creative Commons* Atribución-No Comercial 4.0 Internacional, de tipo CC-BY-NC-ND, que permite a terceros utilizar la publicación siempre que mencionen la autoría del trabajo y que este fue publicado por primera vez en *Ex Legibus*.

PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES

Los artículos que integran las secciones *Doctrina y Estudios*, serán dictaminados por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, en forma anónima (modalidad doble ciego), quienes seguirán los lineamientos establecidos en el “*Formato de Dictamen*”. La identidad del autor también se mantendrá en el anonimato.

El proceso de evaluación dará como resultado un dictamen, considerando el apego a la ética, originalidad, calidad del trabajo y su planteamiento con relación a la función jurisdiccional o su relevancia en la ciencia jurídica.

El Editor responsable de la revista, se reserva el derecho a rechazar aquellos trabajos que no se ajusten a las “*Instrucciones para los autores*”, “*Reglas Técnicas*”, y al “*Código de Ética*”, o que no constituyan contribuciones relevantes al campo del derecho.

FRECUENCIA DE PUBLICACIÓN

La revista *Ex Legibus* se publica semestralmente.

CÓDIGO DE ÉTICA

Este código tiene como propósito regular el ejercicio y función de los órganos editoriales, de los autores que publiquen en la revista, así como de toda persona involucrada o con cargo de responsabilidad en la misma. Podrá encontrarlo en el siguiente enlace: http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/cid/codigo_etica_exlegibus.pdf.

DETECCIÓN DE PLAGIO

Uno de los principales objetivos de *Ex Legibus* es fomentar la investigación bajo principios de ética, por esta razón es un requisito indispensable para los autores, firmar de manera autógrafa la “*Carta de originalidad y cesión de derechos*”; en la cual se manifiesta que el trabajo

propuesto es original, inédito y que en su elaboración los autores se apegaron al “*Código de Ética*”.

La observancia al “*Código de Ética*” de *Ex Legibus* es parte fundamental de su funcionamiento, bajo este deberán someterse todas aquellas personas que participan en la revista.

Asimismo, los trabajos son evaluados con toda dedicación y cuidado, y examinados en la modalidad doble ciego por los revisores, quienes no toleran plagio, o cualquier otra práctica que denote falta de ética.

Los dictaminadores de *Ex Legibus*, conocen que cada trabajo deberá ser revisado y evaluado exhaustivamente, pues es indispensable que cada publicación sea de calidad y ofrezca al lector la certeza de lo que se está consultando, por lo que la originalidad y la ética de los artículos, son pilares fundamentales de la revista.

Además, todo trabajo se someterá al *software Turnitin Feedback Studio*, utilizado por la Escuela Judicial del Estado de México, para identificar cualquier similitud, enfrentando el plagio y salvaguardando la integridad académica en los trabajos que se presenten.

CONTACTO. Para cualquier duda o comentario sobre este documento, se pone a disposición de los usuarios el siguiente correo electrónico: legibus@pjedomex.gob.mx

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Solo serán considerados para su publicación los textos que cumplan con la “*Política Editorial*”, con las “*Reglas Técnicas*” dirigidas a los autores y con las presentes instrucciones. La citación se realizará bajo los estándares del estilo de referencias de la *Modern Language Association (MLA)*.

1. Únicamente se recibirán trabajos originales e inéditos escritos en español o inglés. Un trabajo será considerado como original cuando no contenga copia ni imitación de otros, sino que sea fruto de la creación espontánea del autor; a su vez, el trabajo será inédito cuando no haya sido publicado anteriormente, tanto de manera impresa como electrónica, o bien, si contiene fragmentos que reproducen parcialmente ideas ya publicadas, deberá desarrollar un nuevo enfoque y representar una aportación valiosa.

Asimismo, se publicarán las traducciones al español de textos escritos en otro idioma, siempre que sean las primeras y se cuente con la previa autorización del autor y la editorial.

2. La extensión de los trabajos no deberá exceder el número de cuartillas que a continuación se señala:

SECCIÓN	NÚMERO DE CUARTILLAS
Doctrina	15-30
Estudios	15-30
Comentarios Jurisprudenciales	5-15
Reseñas	2-5
Varios	2-5

3. El envío del archivo que comprende el trabajo de la sección *Doctrina*, se realizará de acuerdo con los tiempos comprendidos en las convocatorias de *Ex Legibus*, que se encuentran disponibles en el portal de internet de la revista, mediante la plataforma OJS: <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx> siguiendo los pasos señalados en la “*información para los autores*”. Asimismo, podrá enviarse a través del correo: legibus@pjedomex.gob.mx.

4. Para solicitar la publicación de su trabajo, los autores deberán remitir al correo electrónico legibus@pjedomex.gob.mx, la “*Carta de originalidad y cesión de derechos*”, firmada de manera autógrafa.

El formato de esta Carta se encuentra integrado para su descarga y debido llenado en el microsítio de la revista, en: <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/index>.

5. Sin excepción alguna, los trabajos enviados a *Ex Legibus*, serán sometidos al *software Turnitin*, el cual los analiza y compara su contenido con el de miles de páginas web, generando un informe de similitud que contiene un porcentaje, así como el listado de los sitios web hallados con coincidencia al trabajo en cuestión.

En caso de detección de plagio, se notificará al autor y el artículo será rechazado para publicación.

En caso de que el autor utilice un trabajo previo publicado por sí mismo, también deberá referenciarse debidamente.

6. En cuanto al sistema de arbitraje, solo los trabajos enviados a las secciones de *Doctrina y Estudios* serán dictaminados por dos evaluadores externos de manera anónima (i.e. modalidad doble ciego). La identidad del autor también se mantendrá bajo reserva.

7. Las contribuciones enviadas a las otras secciones de la revista, es decir, *Comentarios Jurisprudenciales, Reseñas y Varios*, serán evaluados por el equipo editorial del Centro de Investigaciones Judiciales y podrán ser publicados, una vez que se considere que se ajustan a lo que establece la “*Política Editorial*”, así como a las “*Reglas Técnicas*” y a las “*Instrucciones para los autores*” y los estándares del estilo de referencias de la *Modern Language Association (MLA)*.

8. El proceso de evaluación de los artículos de las secciones *Doctrina* y *Estudios*, dará como resultado un dictamen que, considerando la originalidad, la calidad del trabajo y su planteamiento con relación al derecho y a la función jurisdiccional, podrá consistir en alguna de las siguientes modalidades:

Positivo: si ambos evaluadores emiten una opinión favorable.

No positivo: si ambos evaluadores emiten una opinión desfavorable.

Positivo con cambios: si uno o ambos evaluadores emiten una opinión favorable, pero sugieren modificaciones.

En caso de que un evaluador emita un dictamen positivo y otro negativo, se recurrirá a un tercer evaluador, cuya decisión será definitiva.

9. El resultado del dictamen se comunicará invariablemente a los autores.

Si el dictamen fuera positivo con cambios, el autor tendrá un plazo de 15 días hábiles para realizar los ajustes señalados; luego deberá remitir el trabajo corregido al correo electrónico de la revista y el equipo editorial verificará si la nueva versión incorpora satisfactoriamente las observaciones de los evaluadores, en cuyo caso se procederá a su publicación. De lo contrario, se dará fin al proceso de evaluación y el trabajo será desechado.

Cuando el resultado del dictamen sea positivo, el trabajo se publicará en el orden en que se haya recibido.

10. *Ex Legibus* no solicita ningún tipo cobro por recibir, editar, publicar o descargar artículos. Tampoco se otorgará remuneración alguna por la publicación o el envío de los trabajos.

Cada autor recibirá tres ejemplares del número de la revista en que su aportación haya sido publicada.

11. Las “*Reglas Técnicas*” para la presentación de trabajos son de observancia obligatoria. Las citas al pie de página deberán cumplir con dichas normas. La omisión o el error en la cita de los textos uti-

lizados o reproducidos en un trabajo que se publique en *Ex Legibus* será responsabilidad exclusiva de la persona que suscribió el trabajo.

12. *Ex Legibus* realizará las adecuaciones tipográficas y de formato que resulten necesarias para la edición de los textos, respetando en todo momento el estilo e intención del autor.

13. Las opiniones emitidas en los trabajos que se publiquen serán de la exclusiva responsabilidad de los autores y no serán consideradas reflejo de la postura institucional.