

“La motivación como derecho fundamental.”

Maestro Marco Antonio Gabriel González Alegría.¹

ÍNDICE.

CAPÍTULO I. CONCEPTO DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL.

- 1.1 Concepto de Constitución.**
- 1.2 La Constitución y su interpretación.**
- 1.3 Concepto y epistemología del garantismo.**
- 1.4 Tipos de garantías.**
- 1.5 Concepto de garantía constitucional o derechos fundamentales.**
- 1.6 Los derechos sociales y su ponderación.**
- 1.7 El neo-constitucionalismo: un referente obligado.**

CAPÍTULO II. CONCEPTO Y ALCANCES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

- 2.1 Breve reseña del surgimiento de la seguridad jurídica en la sociedad.**
- 2.2 Concepto de la seguridad**
- 2.3 Aspecto legal y sociológico de la seguridad jurídica.**
- 2.4 Lo ilegal y lo ilegítimo de una autoridad.**
- La seguridad jurídica y el positivismo jurídico.**

CAPÍTULO III. CONCEPTOS DE INTERPRETACIÓN y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS.

- 3.1 Surgimiento y concepto de la teoría de la interpretación.**
- 3.2 Surgimiento y concepto de la teoría de la argumentación jurídica.**
- 3.3 Técnicas de la argumentación jurídica.**
- 3.4 Tipos y modelos de la argumentación jurídica.**
- 3.5 Los usos de la argumentación.**

CAPÍTULO IV. LOS ALCANCES DE LA ACTIVIDAD ARGUMENTATIVA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.

¹ Magistrado del Tribunal Electoral del Estado de Puebla.

- 4.1 Responsabilidad de un juzgador al emitir sus decisiones en las sentencias.**
- 4.2 La prueba y la verdad en el derecho.**
- 4.3 El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales de los justiciables.**
- 4.4 El discurso, los derechos constitucionales y una gramática democrática.**
- 4.5 La correcta argumentación jurídica en un Estado neo-constitucional.**

Introducción.

¿Puede acaso el proceso judicial convertirse en un medio violatorio de derechos fundamentales?

La respuesta es que sí. Desafortunadamente aún en la actualidad, se sigue utilizando la teoría errónea y una visión desacertada del significado y naturaleza de la función jurisdiccional, para verla como ese ente omnipotente perfecto e intocable, cuando en ocasiones, puede ser este mismo poder del Estado quien llegue a vulnerar los derechos sustanciales y procesales de los justiciables y consecuentemente, la esfera de sus garantías individuales, como lo es aquélla consagrada desde el ius naturalismo y en el derecho positivista relativa a que a toda persona se le administre justicia de manera adecuada, pues ya decía Rousseau, que la ley natural es inequívoca, pudiéndose llegar a ella por el "progreso de la razón". Entonces, el principio que justifica el Derecho Natural se encuentra tanto en la conciencia como en la razón y a su vez, la razón del Derecho Natural conduce a una justicia racional y universal.²

Es aquí donde Dworkin³ toma énfasis, pues efectivamente, el originalismo constitucional presenta ya una visión empobrecedora del rol de una constitución en una sociedad democrática y pareciera también que el positivismo jurídico contemporáneo está basado en una teoría errónea del significado y en una visión desacertada de la naturaleza de la autoridad, pues lo que surgió como un pacto, corre el riesgo de distorsionarse cada vez más.

² Para el autor Luis Prieto Sanchís, basta leer los textos del constitucionalismo norteamericano o la Declaración francesa de 1789 para comprobar ese carácter instrumental del Estado y del Derecho objetivo al servicio de los derechos naturales; aquéllos no tienen más justificación que la mejor garantía de los derechos y en la medida en que se separen o traicionen dicho objetivo, decae su legitimidad y con ello, el vínculo de obediencia que liga a los ciudadanos. Por ello la historia jurídica de los derechos se confunde con la historia del constitucionalismo, que pretendió diseñar un modelo de convivencia política donde el Estado y su Derecho actuasen sometidos a un orden superior, la Constitución, cuya fuente, en hipótesis habría de ser los propios ciudadanos. PRIETO Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, editorial, Palestra, 1ª reimpresión, Lima, Perú: 2007, p.p. 28-29.

³ Ronald Dworkin constituye un modelo de razonamiento jurídico lúcido y racional respecto a qué papel desempeña la justicia en el derecho, este a su vez con la moral y el pragmatismo del derecho en sí.

No existe duda de que en los procedimientos y en las sentencias judiciales, como características específicas, deben contener las de ser justas y públicas, pero además, mucho se ha enfatizado en que éstas deben ser también accesibles y en la mayor medida, claras, a fin de que los justiciables puedan conocerlas, pero sobre todo, entenderlas perfectamente. Igualmente, tengan los elementos para que sepan en qué medida les van a perjudicar o beneficiar, y en su caso, poderlas recurrir, lo que consecuentemente trae aparejado, que la elaboración de las decisiones judiciales sean cada vez más cuidadas, razonables y democráticas, pues si está dentro de un sistema al que se atribuyen estas características aunque ya evolucionadas, son los principios que en dichas características se manejan lo que debe buscarse, pues es la homologación de los principios coherentes y razonables a dicho sistema. Por tanto, los mecanismos de los que se alleguen los justiciables a fin de hacer posible que el estado constitucional o democrático prevalezca en su esencia y en cualquiera de sus formas de control del orden social, pueden ser válidos, pues persiguen un fin único y universalmente aplicable: la justicia, el bien individual y colectivo al mismo tiempo.

No obstante ello, ha de tomarse en cuenta que en esa búsqueda del bienestar humano no puede experimentarse para implementar técnicas, subjetividades o inventos pragmáticos y resolver un conflicto entre los residentes bajo la jurisdicción, pues lo que implica un trato así en materia de justicia es quizá, en algunos casos, la posible vulneración de derechos humanos, cuando precisamente uno de los principios universalmente reconocidos para las personas es el derecho a la aplicación o administración de justicia. Por ello es que se sostiene que la argumentación jurídica bien elaborada al momento de tomarse una decisión judicial es la herramienta más significativa de un Estado garantista, respetuoso y promotor de los derechos humanos, incluidos desde luego, los de carácter procesal, pues resulta claro que la actuación de éste sólo será aceptable en la medida en que satisfaga o, cuando menos, no viole los derechos que dotan de contenido a la noción compartida de justicia.

Una sencilla propuesta que viene a mi mente es la de re-diseño de lo que en el sistema jurídico significa la debida motivación de las resoluciones, que el

derecho humano también puede ser homologado a una garantía individual o del ciudadano, para los fines y sentido de este trabajo, utilizando como justificación de esta reflexión que la argumentación jurídica como derecho, pertenece a todo aquél que viva en la comunidad.

Esto es así, pues no hay que olvidar que la resolución judicial resuelve el conflicto en términos de la decisión judicial, por tanto, lo verdaderamente importante es que la misma decisión sea apegada a derecho vigente, válido y eficaz, lo que en el primer caso, se refiere a la posibilidad del mismo derecho, es decir, de su construcción procedimental en términos del sistema jurídico en concreto, sin embargo, la validez significa más, porque implica la coherencia del contenido del derecho y de la resolución judicial que se toma de un caso en concreto con el reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales y finalmente, la eficacia, que implica no sólo a la solución atinada del conflicto en concreto, sino que esa decisión debe favorecer además, la cohesión política y social.⁴

Es por ello que en el presente trabajo, se intentará justificar precisamente porqué se sostiene que el debido proceso es para todo individuo, una garantía que debe respetarse por cualquier autoridad y así, enfatizar que toda decisión de autoridad y especialmente, la jurisdiccional, debe vertir de manera diáfana las razones de su decisión.

Para desarrollar este tema, es preciso que se parta del cuestionamiento acerca de si la motivación que rinde un juzgador al momento de decidir su resolución, es la suficiente y proporcionada conforme a la valoración o ponderación que se debe realizar al momento de subsumir el hecho a una norma en un caso en concreto, pues, no todas las decisiones judiciales han sido elaboradas con la motivación suficiente que dilucide suficientemente la razón de su determinación, tomando en cuenta que si el juez tiene discrecionalidad para la

⁴ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías. La Ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid, 1998. Epistemología jurídica y garantismo, Fontamara, México, 2004. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia, Trotta, España, 2006. Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, España, 2005. CARBONELL, Miguel y otros, (comp.), Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid, Trotta, 2005. Entre otras obras colectivas y artículos en revistas de ciencia jurídica y política.

selección de los métodos, también la tiene para la selección de fines que persigue cuando ejercita la justicia que en sus manos tiene conferida.

Así, es que la justificación más verosímil que se le puede dar al justiciable cuando se le dicta una sentencia, es precisamente la explicación de la racionalidad suficiente que valorativamente y jurídicamente se eligió, antes de que se de entrada al reproche por el “exceso de normatividad o de constitucionalización”⁵

Ahora bien, para saber si me asiste la razón en el cuestionamiento inicialmente planteado, es preciso que se introduzca a este tema la justificación externa y que en explicación de la disposición normativa seleccionada para decidir el caso a estudio, cuando existan dos o más normas de igual jerarquía, como posibles para resolver; en el caso de laguna absoluta o finalmente, ante insuficiencia legal.

Es también necesario acudir a la justificación externa cuando un Tribunal, de los facultados para hacerlo, determina la inaplicación de un dispositivo normativo vigente bajo la premisa de considerarlo derecho injusto o extraordinariamente injusto⁶ porque no basta la descalificación del derecho positivo de manera automática, pues esto resulta indebido, ilegal, autoritario o arbitrario, siendo causa de responsabilidad oficial, por tanto, para demostrar que una norma jurídica positiva y vigente es en general, o ante un caso particular, norma injusta, el argumentista de esa tesis deberá razonar cuáles son los principios fundamentales, entendidos en sentido jurídico y que son afectados por la norma positiva que se aduce es injusta, para, posteriormente, declarar la inaplicabilidad, no quedando el problema en estos pasos, pues el

⁵ El exceso de constitucionalización o de normativización puede darse cuando se recurre a distintas normas o preceptos legales para fundamentar una decisión o un acto. Sin embargo, tal situación puede generar a veces confusión del marco jurídico que rige a la figura jurídica de la cuestión que se haya planteado, algunos autores consideran que el exceso de normativización se trata de una figura que consiste en la conversión de todo el derecho y de toda interpretación legal en interpretación constitucional e incluso en un tipo de interpretación constitucional puramente axiológica. ARAGÓN Reyes, Manuel, *La Justicia Constitucional en el siglo XX, Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México: 2006.p. 199.

⁶ Para entender este concepto se sugiere acudir a la lectura de Robert Alexy en su obra *La Argumentación Jurídica como discurso racional*, en la que refiere el absurdo de que existiendo una conexión conceptualmente necesaria pueda hablarse de un derecho injusto, o más aún, de decisiones jurídicas injustas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México: 2005.p. 202

titular del Tribunal deberá elegir otra norma de las contenidas en el sistema para resolver el conflicto y de no existir tendrá necesariamente, que actuar en términos de la situación que se produce cuando hay laguna de la ley o como se ve, la justificación interna de la decisión judicial parte del análisis de los hechos, las pruebas y el cumplimiento al derecho fundamental y constitucional del debido proceso legal, pero la justificación externa, excepcional, es tan importante como la interna cuando se requiere, es un elemento sin el cual la decisión se transforma, parafraseando a Dworkin, en un acto voluntarista y por tanto, deja de ser un acto lógico y racional.

Ahora bien, lo que procede inicialmente es sostener que todo derecho individual contenido en la constitución y en tratados y convenciones internacionales de la norma estatutaria es, para efectos de este tema y trabajo, sinónimo de una garantía individual. Y me explico: las fuentes de legitimación del Poder Judicial se identifican completamente con el sistema de las garantías, es decir, de los límites y de los vínculos, por ello es que no puede hablarse de un Estado Constitucional, uno garante,⁷ cuando la racionalidad del propio ente de gobierno no visualiza los valores mínimos que maximizan la razón de ser de la justicia. Es por ello que efectivamente, resulta válido argüir que la limitación estructural y formal del poder se superpone a la limitación sustancial de la preexistencia de los derechos naturales que en su carácter preceden al Estado, ya que en la realidad social y jurídica, o en aquél momento o espacio donde se compara el modelo garantista, se enfatizan las divergencias entre normatividad y efectividad, contrastando los niveles más altos con los más bajos del ordenamiento y las posibles afectaciones, porque el garantismo puede ser una instancia de transformación social, siempre y cuando se cuente con la garantía política de la “fidelidad de los poderes públicos” (a través de sus agentes) y la garantía social de la permanente evaluación de los ciudadanos al propio sistema y al comportamiento de sus agentes.

⁷ Considero que el garantismo es una cualidad que ha de ser permanentemente previsor y no es sólo un modelo normativo de derecho, tal y como al efecto lo apunta también Ferrajoli, cuando se refiere al modelo de estricta legalidad y a la teoría jurídica de la validez y efectividad (operando como doctrina de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del derecho) y por fin una filosofía política (basada en la primacía del individuo). FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, 2a.ed. Madrid: 1997, p.p. 991.

Esto es así, pues hablar de garantías en el positivismo, es importante para cada individuo, aún y cuando a veces suele ocurrir una discrecionalidad de los mismos, por ello se debe reconocer siempre a cada uno como persona con actividades y valores en específico, pues precisamente el garantismo universal exige el aseguramiento y cumplimiento de una obligación, sin importar el emisor o garante del que se trate, es decir, se trata de unificar y hacer valer como garantista, que los derechos humanos son inalienables al propio hombre y en consecuencia lo son también al sistema.

Entonces me surge la pregunta: ¿Hasta qué grado resulta fáctico que se ponderen derechos o garantías individuales de los ciudadanos en la toma de decisiones jurisdiccionales, cuando no hay parámetros para medir cualitativamente la efectividad y calidad de una resolución jurisdiccional?.

La primer respuesta pareciera que se aporta por sí misma en el sistema, si es este el que enviste al juzgador de sus amplísimas potestades para deliberar en la litis que le ha sido planteada. Sin embargo, dicha delegación no debe entenderse como el poder omnipotente⁸ que hace ya más de cinco siglos se pudo entender y respetar así por los gobernados, pues desde la perspectiva demócrata, es el mismo pueblo quien decide qué sistema de gobierno elige, y si bien, los ciudadanos no pueden ejercitar un justo reproche a los jueces, no menos cierto es que esa potestad delegada sí debe corresponder por obviedad a lo establecido por la Constitución, que en últimas, es la base y cúspide del pacto ideal por el que se rige en todo estado democrático, sea cual sea su funcionalidad o ideología. Con ello quiero apuntar que no hay nada pues, que cualitativamente obligue al Poder Judicial, para valorar y obligar al juzgador, trátase de la materia y nivel que sea, para que se vea forzado a abordar una resolución en términos cualitativamente aptos al sistema democrático

⁸ Por ello es que hay que ser sumamente cuidadosos con el límite que tiene el juzgador respecto a sus facultades delegadas y la verdad absoluta y la verdad jurídica, pues cuestiones como las que apunta Jordi Ferrer llegan a ser reales, pues puede suceder que la decisión que se adopte en el proceso judicial acerca de los hechos probados esté plenamente dotada de autoridad e incurrir en la falacia de que en el derecho es verdad aquello que dice el juez que es verdad. FERRER, Beltrán Jordi, *La valoración racional de la prueba*, editorial Marcial Pons, México: 2007; p. 40.

constitucional, lo que desde luego, pondría en riesgo la legitimidad del poder en ellos conferido.

No obstante lo anterior, me parece que no es una facultad, ni ningún “hilo negro” que haya que descubrir, sólo estoy hablando del apego irrestricto que el juzgador debe tener a la Constitución cuando emite sus decisiones y el estrecho vínculo garantista del que no ha de apartarse, pues no hay que olvidar que las normas estatuidas constituyen una formulación abstracta de las disposiciones de derecho fundamental, proyectada ya en el ámbito del deber ser, máxime cuando se involucran en sus fallos decisiones que justifican la afectación o el beneficio de los derechos básicos de los individuos, pues la vulneración de los derechos fundamentales⁹ por parte de servidores públicos que actúan sin fundamento objetivo y razonable, obedecen a motivaciones internas, que generalmente desconocen la primacía de los derechos inalienables de la persona universalmente hablando.

Esto es así, pues sobra recordar que cuando se habla de derechos fundamentales, efectivamente, se catalogan así, porque son derechos que participan de la fundamentalidad del ordenamiento jurídico, ósea, la Constitución, lo cual significa que ésta como fuente jurídica directamente aplicable, establece esos derechos y los dota de una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata. Luego entonces, no hablo de una potestad del juzgador de apegarse irrestrictamente a la norma fundamental como retórica¹⁰ jurídica, sino que para él debe ser obligatorio vislumbrar la potestad conferida

⁹ Robert Alexy al respecto señala que los derechos fundamentales son “... un haz de facultades de disposiciones atribuidas a sus titulares por la constitución para hacer frente desde la supremacía constitucional a cualquier acción u omisión ilegítima contra el disfrute del objeto del derecho, provenga de quien provenga...” es decir, no sólo se refiere a los que son puramente derechos de libertad o los procesales, sino que engloba a todos en un solo aspecto o concepto. ALEXY, Robert, *Derechos sociales y su ponderación*, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid: 2007; p.129.

¹⁰ Herramienta que desde luego es de suma importancia, pues como bien lo señala el autor Gerardo Dehesa: “...no podrá tenerse una formación argumentativa adecuada si no se dispone de los elementos esenciales como son un conocimiento básico de la evolución de la retórica y de sus partes fundamentales..”, y en tal sentido, ya se podría decir lo que se quiere decir de manera elocuente y certera, aunque apunta el mismo autor en su obra que queda siempre entre las diversas normas un lugar para el desarrollo de los valores ideológicos y culturales que no están en la ley, sino que nacen de la práctica judicial, que desde mi punto de vista constituye un elemento probable de una fuente de la ley desde el aspecto consuetudinario y el cual no se encuentra regulado sino al libre arbitrio y discrecionalidad del juzgador. DEHESA, Dávila Gerardo, *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, 4ª edición; editorial SCJN; México: 2007; p. 5.

del juzgador en su función práctica, desde la misión garantista de la norma fundamental para así, partir de ese postulado como principio rector de su función pública de poder.

Ya entrados en el tema de los derechos fundamentales, me parece pertinente enfatizar que las garantías individuales, según la postura ideológica adoptada en las constituciones que rigieron a nuestro país durante los siglos pasados (1857-1917), se reputaron, en términos generales, como medios sustantivos constitucionales para asegurar los derechos del hombre, así que desde su creación, éstas ya eran concebidas como derechos inherentes al hombre en tal calidad.

Como una concepción que pudiera estar más acorde con ésta época de apreciaciones globales, podríamos considerar que los derechos fundamentales siguen siendo aquellos derechos subjetivos garantizados con jerarquía constitucional que se consideran esenciales en el sistema político que la misma Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana. En algunos países pueden ser explícitos y en otros implícitos o tácitos. En nuestro país los derechos están de manera explícita en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹¹ De tal manera que la Carta Magna sí otorga medios para defender los derechos fundamentales que les corresponden a todo ser humano por su naturaleza propia.

Una vez dicho lo anterior, es que procedo a analizar la aplicación de la justicia, pero no de aquélla adjetiva con la cual normalmente, a través de procedimientos y recursos ordinarios, se busca hacer valer la garantía y la justicia a través del procedimiento judicial formal. No, en este caso, me refiero a la base valorativa de la función de administrar la justicia, que es precisamente: el debido proceso.

¹¹ Es importante reconocer que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no contiene un catálogo cerrado de lo que se ha denominado tradicionalmente en la teoría del derecho constitucional como "garantías individuales", porque han sido la doctrina y fundamentalmente la jurisprudencia, quienes han clarificado el conjunto de garantías o derechos constitucionales explícitos de nuestra Carta Magna pero también han descubierto otras garantías implícitas que sepultan indispensables para entender al derecho constitucional mexicano como la fuente creadora y ordenadora de un sistema unitario y coherente de principios y normas que pretenden al mismo tiempo, la defensa de los derechos fundamentales, la vinculación social y el funcionamiento del gobierno.

Y es que sólo mediante este concepto, visto como un patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador, a la ley y al juzgador, quienes justifican lo axiológicamente válido del actuar de esos medios; es decir hasta donde pueden restringir el ejercicio de su arbitrio y la libertad del individuo dentro de un proceso, pues solo así es que efectivamente se logrará el respeto a las garantías procesales tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un proceso. Sin embargo, sobre el tema central del presente trabajo, hay que confirmar que el derecho, para someterse a la justicia, es de toda persona sin tener ésta forzosamente la calidad de ciudadano, tal y como se conceptúa para algunos críticos de la materia, cuando se cuestionan: ¿Qué es el debido proceso? , y se concluye que es un conjunto de derechos propios de las personas y anteriores al Estado, de carácter sustantivo y procesal, reconocidos por la Constitución, que buscan pre-cautelar la libertad y procurar, que quienes sean sometidos a juicio, gocen de las garantías para ejercer su derecho de defensa y obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso justo, pronto y transparente.

Luego entonces, esta misma calidad de ciudadano queda excluida para ser el referente único por el cual se tome en cuenta al debido proceso, como un derecho procesal de “sólo unos cuantos” en la universalidad de personas o humanos que integran una sociedad, pues para el derecho en su sentido esencial, las personas tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro del proceso¹² y no sólo como sucedía en la antigua Roma, “los civitas”, excluyendo a otras personas por motivos raciales, de género o estándar social o carácter político.

Así es que los derechos humanos, que son reconocidos ideológicamente desde el Estado moderno,¹³ previó el reconocimiento de los hombres como tales, e

¹² Foro del derecho. Revista jurídica virtual. Portal de Internet. <http://forodelderecho.blogcindario.com/2007/12/00046-el-debido-proceso.html>

¹³ En el entendido que Bovero conceptúa al “mundo moderno”, como el estado de naturaleza en condición de igual libertad individual de los hombres como tales, una condición prepolítica, idealmente anterior a la formación de la comunidad política. BOVERO, Michelangelo, *Una Gramática de la Democracia*, Editorial Trotta, S.A.; Madrid: 2002; p. 127.

incluso, más, desde la visión existencialista de Heidegger,¹⁴ mientras que hablar de ciudadanía es hablar de condiciones pre-articuladas y dictadas por unos cuantos para distinguir de entre los iguales a ciertos iguales, haciendo alusión a la reflexión Aristotélica cuando se refiere a las diferencias marcadas en toda ciudad.¹⁵

Hay quienes incluso mencionan que la esencia del debido proceso y su íntima relación con la tutela judicial efectiva, no es otra cosa, que la institución que respalda la legitimidad de la certeza del derecho finalmente determinado en su resultado. Por ello el debido proceso legal que garantiza la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial, es a su vez una garantía de una tutela judicial efectiva; y ello, es elemento indispensable para la consecución de la finalidad del propio proceso judicial.¹⁶

Así se sostiene que, aunque toda lesión a las normas constitucionales y legales que determinan las formas y los procedimientos de investigación y juzgamiento repercute en la vulneración del debido proceso, sólo aquellas que tienen carácter mayúsculo y afectan sustancialmente la posición procesal de la persona que las padece, son dignas de análisis.

¹⁴ Heidegger estableció con todo rigor la restricción del significado de existencia al modo de ser del hombre y adoptó, para indicar al ser de los otros entes finitos, el término <<ser ante los ojos>>. La esencia del <<ser ahí>> -el hombre- está en su existencia, los caracteres que pueden oponerse de manifiesto en este ente, no tienen, por ende, <<peculiaridades>> <<ante los ojos>> de un <<ente ante los ojos>> de tal o cual <<aspecto>> sino modos de ser posibles para él en cada caso y sólo esto. HEIDEGGER, Martín, *Carta sobre el humanismo*, Editorial Peña Hermanos, México: 1998; p.p. 125-126.

¹⁵ Parfraseando a Aristóteles cuando habla de la ciudad, tiene relación al tema en comento, pues ésta no sólo está compuesta por gentes múltiples, sino por gentes que difieren además entre sí de modo específico. Una ciudad no se compone de iguales. La igualdad en la reciprocidad es la salvaguardia de las ciudades. Pero en los casos en que no es posible, por ser todos iguales por naturaleza, es al mismo tiempo justo que, tanto si el mandar es un bien o un mal, todos participen en él. Esto es lo que se pretende al cederse los iguales por turnos los cargos y al considerarse como iguales al margen de los mismos. Los unos mandan y los otros se someten a su mando por turno. Por lo tanto, de todo eso queda claro que la ciudad no es por naturaleza tan unitaria como afirman algunos. DE AZCÁRATE, Patricio, citando a Aristóteles en la obra: "Política", volumen 3, · Madrid 1874, p.p. 14-15.

¹⁶ QUIROGA León, Aníbal, citado por GÓMEZ Lara, Cipriano, *El debido proceso como derecho humano*, UNAM. Hay autores como el constitucionalista clásico Sergio García Ramírez que señalan, incluso, que "no existe definición universalmente aceptada del debido proceso. Algunas Constituciones nacionales reciben esta idea, a su manera, con diversas expresiones que acentúan o incorporan, con tendencia extensiva, elementos relevantes de la compleja figura destinada a la defensa de los derechos fundamentales, y en ocasiones la proyectan hacia órdenes externos al estrictamente judicial, cosa que también sucede en la jurisprudencia interamericana.". GARCIA Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre derechos humanos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, editado por la UNAM, número 117, ISSN-0041-8633, año 2006.

Ahora bien, me interesa comentar que desde el punto de vista deontológico, la motivación de las resoluciones judiciales constituye un deber jurídico instituido por la norma jurídica de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional y en otra perspectiva, pero también, desde el enfoque del deber jurídico, su función consiste en justificar y realizar el debido proceso judicial, consecuentemente, implica que toda resolución sea igualmente debidamente motivada, debiendo tomar en cuenta que es indispensable el manejo concurrente y convergente de varios requisitos y condiciones ineludibles también para la motivación consistente de las decisiones jurisdiccionales.

Así, es que la motivación de los actos resolutorios de recursos es una exigencia de la ley que pretende y requiere que se expresen las razones que sirven de fundamento a la decisión y a su vez, el derecho a la motivación de la resolución jurisdiccional se insiste, que es una garantía humana a través de la cual se consigue la realización de las restantes garantías constitucionales que igualmente resultan aplicables a cualquier proceso jurisdiccional. Por ello es que válidamente se puede colegir que la motivación o es individual o no es motivación; que la fundamentación o es subsumida o en su caso, ponderada, no es fundamento y, finalmente, que la decisión de la sentencia, o es vinculada correctamente entre la argumentación debida y la fundamentación o no es una decisión racional.

Con lo anterior queda claro que lo que hace un juez cuando argumenta y funda correctamente sus decisiones, más que una actividad, realiza un deber consigo mismo y el que le fue conferido en representación de la ciudadanía para hacer valer el Estado de Derecho constitucional y democrático al que se aspira idealmente desde cualquier doctrina y enfoque de justicia social.

Es importante destacar lo que diversos autores apuntan sobre la decisión judicial, puesto que lo que se quiere definir no es el hecho de que fundamentar y motivar sean unos requisitos, unas técnicas o un producto que un juzgador deba seguir, sino más bien se trata de elementos que constituyen una carga de orden público que todo Tribunal debe cumplir para alcanzar el debido proceso legal y respetar la fundamentación y la motivación como razones de la decisión,

siendo esto último la garantía individual implícita en el deber de fundar y motivar de todo acto de molestia o privativo de derechos en términos de los artículos 14 y 16 constitucionales.

Una vez establecido lo anterior, creo que es pertinente destacar que el verdadero problema de la aplicación de la justicia en el momento de emitirse las resoluciones, es más bien de orden subjetivo de parte de quien emite dicha resolución, que toda una falla previsoras del legislador, como muchos lo consideran, pues la indebida aplicación de una norma, o bien la confusión o ambigüedad de la misma, debieran ser fácilmente identificables y resueltas por los medios legales que para tal efecto sí se encuentran previstos con anterioridad.

De este modo es que se estaría ejercitando la parte deontológica de la autoridad en su máximo esplendor, pues a la vez, se justificaría la necesidad y funcionalidad del Estado en la vida comunitaria, protegiendo derechos de las generalidades. En este sentido, cabría la pregunta respecto a si ¿es razonable, en efecto, que el Estado, personificado en los órganos de justicia, se niegue a reconocer un derecho subjetivo sólo porque la parte que lo solicita no ha “atinado” a designar las normas, mediante las cuales el propio Estado ha establecido tal derecho? No lo es en absoluto, a no ser, como decía, que ello implicase la trasgresión de derechos y garantías básicas como las ya apuntadas, cosa que, como se verá, no tiene por qué suceder.¹⁷

Ahora bien, el Estado de Derecho como un tipo de organización política que aparece en un determinado momento histórico exige el cumplimiento de valores, de justicia y busca objetivamente que toda sentencia judicial se base en un proceso previo legalmente tramitado. Sin embargo, la exigencia de legalidad del proceso también es una garantía de que el juez deberá ceñirse a un determinado esquema de juicio, sin poder inventar trámites a su gusto, con los cuales pudiera crear un juicio amañado que en definitiva sea una farsa judicial.

¹⁷ ORMAZAVAL, Sánchez Guillermo, *Iura novit curia*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.; Madrid: 2007; p. 84.

Por su parte el llamado “Estado democrático” y las prácticas democráticas exigen en materia jurisdiccional también que el juez no tome sus decisiones exclusivamente mirando hacia el interior de la institución jurídica, sino que debe hacerlo de cara a la comunidad ante la cual en definitiva debe responder.

Lo mismo ocurre cuando hablamos de un Estado Constitucional,¹⁸ en el que convergen distintas libertades y restricciones, respecto de las atribuciones de los Poderes Públicos dotados desde la Carta Magna, pues no se puede hablar de un Estado con la característica de constitucional, si no se pueden corregir las anomalías o deficiencias que quizá la misma ley o los procedimientos, en su momento generaron.¹⁹

Así es que se puede ver como la misma Constitución es a veces la generadora de poderes o restricciones, pues cuando le da al juzgador ciertos parámetros para decidir en base al derecho, puede ser que la misma ley sea y según lo permita el propio sistema, quien sirva como una limitante de las excesivas perspectivas que se le puedan dar a la función jurisdiccional, pues como lo cita Predieri, “*nunca como en este caso la Constitución es lo que los jueces dicen que es.*”²⁰ Sin embargo, me parece que válidamente se sostiene, que el Estado Constitucional exige más argumentación que el Estado Liberal, pues además,

¹⁸ El autor Manuel Atienza considera que los elementos clave y característicos del éxito de un Estado Constitucional básicamente se distinguen por contener: a) Un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales; b) Ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación la aplicación del Derecho; y c) Mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes. ATIENZA, Manuel, citado por GARZÓN Valdés, Ernesto, *El Derecho como Argumentación*, editorial Fontamara, 1ª re-impresión, Madrid: 2005, p. 75.

¹⁹ Sobre el tema en cuestión vale la pena señalar los apuntes que retoma sobre la constitución y los Poderes del Estado, el autor Luis Prieto, quien afirma que: “... *En suma, el núcleo de la cuestión está en el respaldo constitucional de una actividad legislativa que limita o que fronteriza con las libertades, por más que en el ejemplo antes propuesto resulte tan evidente que no sea preciso argumentarla. Se trata simplemente de la expectativa a una actuación constitucional de los poderes públicos.*” PRIETO Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, editorial, Palestra, 1ª reimpresión, Lima, Perú: 2007, p.52. Nótese que la legitimidad y la calidad de la ley obligan no sólo a la revisión de su contenido, sino además, al de sus precedentes para la formulación de la misma, para lo cual basta observar como ejemplo los amparos 14/2008 y 20/2008 que plantearon los partidos políticos y empresarios contra la constitucionalidad de la reforma constitucional en materia electoral y que recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación atrajo.

²⁰ PREDIERI, A. *El sistema de las fuentes del derecho*, citado por PRIETO Sanchís, Luis, en la obra: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, editorial, Palestra, 1ª reimpresión, Lima, Perú: 2007, p.59.

el primero de ellos, supone un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y por tanto, una mayor demanda de la argumentación²¹ y atendiendo a que nuestro sistema es de esas características, resulta incongruente que no se tomen en cuenta ellas para seguirlas como el tópico preponderante.

En resumen todo lo que una sociedad desea, utópica o prácticamente, es la consecución de la seguridad jurídica colectiva o del bien común, que permita confianza en el orden jurídico, fundado en pautas razonables de previsibilidad, que es el presupuesto y función del Estado de Derecho. Se necesita así del conocimiento de las normas vigentes, pero también una cierta estabilidad del ordenamiento y más aún, la permanencia de ese sistema, cualesquiera que sean las condiciones políticas, culturales o sociales existentes.

Por ello es que hay que buscar otras fuentes alternativas de caracterizar al Estado, llámese democrático, constitucional, garantista o activista,²² para que tengan las cualidades necesarias de uno garante y en tal sentido, deben encaminarse nuestros nuevos enfoques en corrientes como la que ofrece el neo-constitucionalismo, que reúne elementos de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional.²³

Pues bien, una vez señalado lo anterior, cabe mencionar que no pretendo ciertamente, retomar en el espacio del debate el tema de los tipos de democracia existentes y cuál es el ideal, pero sí es necesario señalar aspectos centrales de su concepción pues recordemos que a lo largo de la historia han surgido teorías y enfoques relacionados a la política con la justicia y la sociedad que necesariamente repercuten en el tipo de Estado que se maneja y sus características, como lo es la democracia. Y en este entendido, vale la

²¹ ATIENZA, Manuel, citado por GARZÓN Valdés, Ernesto, *El Derecho como Argumentación*, editorial Fontamara, 1ª re-impresión, Madrid: 2005, p. 75.

²² "...el modelo de Estado activista llevaría aparejado un modelo de justicia y proceso jurisdiccional fundamentalmente orientados a desarrollar, aplicar o plasmar en la vida social el ideal o programa normativo impulsado por el legislador y el resto de autoridades dotadas de potestad normativa (*policy-implementing justice, policy-implementing process*)..." ORMAZAVAL, Sánchez Guillermo, *lura novit curia*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.; Madrid: 2007; p. 82.

²³ En palabras del autor Comanducci, "... la teoría del Derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días." Autor citado por Luis PRIETO Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, editorial, Palestra, 1ª reimpression, Lima, Perú: 2007, p.128.

pena destacar la excelsa función de Habermas,²⁴ pues al lograr legitimar el Estado de Derecho democrático, al vincular los intereses individuales con los colectivos, así como también al enfocar a la política desde una dimensión moral y una perspectiva racional, a través del pensamiento post-metafísico contemporáneo, nos permite revalorar las características que debe contener, por lo menos ideológicamente, todo Estado democrático que se precie de serlo.

Ciertamente, todos sabemos cuán vaga, retórica y amplísima es la concepción de la palabra “democracia”. Sin embargo, aunque la democracia es formal por definición pero ambigua en la realidad, la que debe interesarnos rescatar, para los fines de vincularlo al trabajo central, es la que se refiere a la re-dimensión que últimamente se le ha dado a la democracia misma para tomar la “liberal-socialista”,²⁵ que permite en resumen, que un Estado proteja las libertades individuales fundamentales y una forma de Estado social mínimo que cubra las necesidades primarias básicas de los valores de lo liberal y lo social y desde esa perspectiva es en donde se puede encontrar una primera respuesta a la problemática de la unificación de democracias aplicables al sistema, pues tampoco hay que olvidar que al reflejarse las necesidades vitales insatisfechas produce cambios progresivos en la legislación y jurisprudencia y constituye una forma de democracia directa, que cuando se ejerce colectivamente constituye un contrapoder social externo al sistema político, no excluyente sino complementario de la democracia representativa.

Así también, los jueces tienen esa misma función democrática delegada en sus potestades, pues al ser representantes de los órganos públicos que deciden cuestiones que atañen a la polis, su tarea radica básicamente en responderle a esa misma colectividad de la manera que se pueda entender y justificar la existencia y necesidad de los justiciables en la sociedad, de ahí su vínculo y la necesidad de conocer perfectamente los elementos de la democracia desde el

²⁴ HABERMAS, Jürgen, *La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de derecho*. Para ver esta referencia concretamente se puede recurrir a la obra publicada en la Revista Jurídica de Investigaciones Jurídicas de la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Portal electrónico www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001_0002_Investigacion.pdf.p.9.

²⁵ Al respecto en este calificativo hay que enfatizar que Bovero explica que este tipo de democracia permite, en principio, a la democracia, no ya convertirse de formal en sustancial, sino más bien, permaneciendo formal, no volverse, en mayor o menor medida, una democracia aparente. BOVERO, Michelangelo, *Una Gramática de la Democracia*, Editorial Trotta, S.A., Madrid: 2002; p. 51.

aspecto social-jurídico, lo que actualizaría el aspecto “ético comunicativo de su función”, tema del que ya bastante se ha dicho.²⁶

Por ello se sostiene que no es suficiente la incorporación al sistema jurídico de los derechos sustantivos, sino que es necesario establecer aquellas acciones y procedimientos sencillos y eficaces que permitan su ejercicio y defensa adecuada, pues de lo contrario estaremos inmersos en un sistema perverso que provocaría que las violaciones a los derechos, y al sistema jurídico en general, sean simplemente toleradas por falta de medios de acceso a una real justicia.

Con lo hasta ahora narrado quise, desde una humilde aportación, dar una primera perspectiva de cómo lograr crear el sub-sistema (sistema jurisdiccional)²⁷ que se encargaría de hacer valer el derecho al debido proceso, como una garantía individual, abordándolo desde las características y perspectivas estatales que incumben a todo poder.

Ahora bien, ya en lo particular, me parece oportuno opinar acerca de la función que tiene designada todo juzgador investido de sus facultades y potestades para hacer valer y practicar la procuración de la garantía al debido proceso hacía los justiciables. Así, resulta oportuno señalar ahora la importancia del enfoque que tenga el juzgador del mundo que lo rodea, pues ello, indiscutiblemente tiene repercusión directamente proporcional en la toma de su decisión y finalmente, en la argumentación que vierta al momento de formular la sentencia que involucra las garantías individuales de los justiciables.

²⁶ Hay autores como Meter Bauer y Miguel González que incluso han opinado que el prestigio y credibilidad de los jueces se logra con el intento de vincular al Poder Judicial y su crecimiento con la consolidación de la democracia, en la creación discursiva del binomio democracia-justicia. GONZÁLEZ, Compeár Miguel y BAUER Peter, *Jurisdicción y democracia (los nuevos rumbos del Poder Judicial en México)*, 1ª ed; Editorial Cal y arena; México: 2002; p.p. 416 y 417.

²⁷ En teoría de sistemas, la clasificación resulta fundamental y utilizo la palabra “sub-sistema”, en el entendido de que considero, que para este trabajo, el sistema amplio lo es el Estado y los subsistemas lo son los elementos objetivos del Estado, los poderes y órganos públicos autónomos. Por otro lado, uso el concepto de sistema jurisdiccional y no Poder Judicial, en virtud de ser este último absolutamente restringido, pues en México, el Poder Ejecutivo tanto federal como local, desarrolla tareas jurisdiccionales y de igual modo sucede en los Ayuntamientos, teniendo el Congreso de la Unión y los particulares de los Estados, facultades jurisdiccionales, por lo que los deberes y obligaciones de los agentes que desarrollan funciones jurisdiccionales, deben cumplirse en todos los espacios ya que el Poder Judicial no es el único responsable de que exista una justicia efectiva y de calidad, atributo indispensable del estado democrático y constitucional.

Esto es así, pues es bien sabido que la realidad va siempre un paso a delante de la interpretación que le den los actores estatales relevantes y por ende de su normativización, por ello, es que hay que tomar en cuenta hoy más que nunca, los derechos e intereses supra-individuales, aquéllos de naturaleza indivisible de los que es titular una colectividad indeterminada, pues como toda sociedad actual, la nuestra se encuentra inmersa en un enfoque sistémico en que las partes que conforman las interacciones necesariamente reflejan su identidad como sociedad, precisamente en las circunstancias de hecho o de derecho que principalmente les aquejan.

Aún más, no hay que perder el enfoque de que el derecho que trasciende la realidad es el que forza la decisión o en otros términos, el que aplica la interpretación operativa del derecho que precisamente transforma las normas jurídicas del lenguaje preceptivo a un lenguaje acertivo, porque la decisión judicial cumplida voluntariamente o ejecutada con la fuerza del Estado de la que esta investida la actuación jurisdiccional, sí modifica la realidad, pues no hay que olvidar, que en términos de Ferrajoli, la realidad social y la del derecho deben ser abordadas desde tres perspectivas: la dogmática del derecho, la filosofía política y la sociología del derecho.

Para lograr lo anterior, es misión conjunta de los actores estatales relevantes (legisladores, miembros de la administración pública y desde luego, de los jueces) el mantener en todo momento su plena disposición, apertura y entereza para desentrañar y dilucidar la realidad y las necesidades sociales imperantes, en aras de establecer las normas y mecanismo jurídicos eficientes, así como tomar las mejores decisiones equitativas jurisdiccionales para que se le permita a la colectividad en su justo medio, la consecución de aquellos valores considerados como supremos en un momento histórico determinado, pero más aún, la permanencia de los mismos y la evolución como sociedad, teniendo como fin único: el perfeccionamiento permanente de las instituciones del poder, pues ciertamente, éstas carecen de justificación autónoma y que su legitimidad es soportada en la misma protección que se le de a los ciudadanos.

Recordemos que cuando se habla de derechos en la democracia, estamos intentando privilegiar uno o unos bienes que atañen a todos, que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión, en ellos se fundan hechos genéricos, contingentes, accidentales o mutantes que afectan a un número indeterminado de personas y que emanan de sujetos que deben una prestación genérica o indeterminada. Pues bien, lo mismo debe ocurrir cuando en el sistema jurisdiccional se aborden los temas que tengan relación con la esfera de las garantías al debido proceso de los ciudadanos.

Esta nueva perspectiva, debiera ser, desde mi opinión, inculcada desde las aulas, pues esa vieja dicotomía del conocimiento plenamente formal y por otro lado, el poder entendido como la delegación de facultades con amplísimas potestades, ha sido, por mucho superado por las necesidades y exigencias de las sociedades. Si bien, anteriormente se creía que el derecho era la positivización del derecho racional y el jurista se veía a sí mismo como un conservador del cuerpo de reglas ya establecido, sigue siendo hasta la fecha su principal función, la de conservar dichas reglas tal y como han sido dictadas por el legislador, pero su tarea de interpretar y aplicar el derecho mecánicamente,²⁸ debe dar paso a la necesaria racionalización y discusión en toda decisión judicial. Así también me parece que la mala formación del juez origina también la errónea concepción del justiciable por lo que en muchas ocasiones llega a confundir tanto a la norma como a los hechos por igual con preceptos, lo que ha generado, que la práctica judicial se convierta en paradigmas que no permiten valorar los elementos de una litis en sus justas dimensiones, y que incluso, se haya hecho ya un vicio recurrente, que el juez al tener de cerca el conocimiento de un caso, desde el primer instante, interprete a su juicio o, prejuzgue indebidamente.

Un juez debe, antes que nada, guardar fidelidad a la Constitución; al sistema jurídico, cualesquiera que se trate; a su espíritu patriótico; a su formación académica y finalmente, a la sociedad a la que se debe. Lo anterior implica que el juez debe renunciar a varias objetividades, entre ellas, las de carácter moral

²⁸ Así lo opina CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, 2ª edición, editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México:1999, p.59.

o personal, pues no debe involucrar sus sentimientos o apreciaciones morales, sino, en todo caso, las sociológicas, pues, como bien se ha manifestado en la doctrina, el juzgador negativamente involucra en innumeradas ocasiones, elementos objetivos de carácter moral y hasta sentimental en sus decisiones, lo que desde luego, afecta la decisión imparcial y atenta contra su ética profesional, configurando así la “vía negativa del juicio moral del juzgador”,²⁹ hecho que no debe ser, ni mucho menos debe permitirlo el mismo juzgador, pues como ya lo concebía Aristóteles hace más de dos mil quinientos años, no hay que pervertir al juez induciéndolo a la ira, la envidia o a la compasión; pues esto sería semejante a que torciese la regla que fuera a emplear.³⁰

Lo anterior, parece atentador del propio sistema de justicia, pues considero que la justicia social es o una virtud o no lo es, el propio sistema ha navegado con la bandera de la "justicia social" para designar un principio regulador de orden, sin estar centrados en la virtud sino en el poder, y es precisamente en este aspecto donde quiero sostener mi postura frente a la colectividad de las garantías individuales, entre ellas las procesales, de modo que el derecho a un debido proceso es una “virtud” y una obligación que debe privilegiar todo sistema hacia todos sus habitantes, sin importar su condición ni posición en la sociedad, y a eso, si se le puede atribuir el concepto de “justicia social” pero cuyos maquinadores son directamente los juzgadores con conocimientos capaces de fundamentar la limitación al poder del Estado desde una óptica de primacía del individuo.

Es por ello que retomo el tema de este análisis para sustentar que los jueces deben forzosamente estar concientes de la realidad en la que viven, no importando la moral que en lo personal puedan tener en menor o mayor grado, pues lo que realmente debe importar es que éstos se encuentren cercanos y

²⁹ Me parece que ante las garantías individuales del derecho de un debido proceso, la “vía negativa del juicio moral del juzgador” o el “supuesto de la ignorancia querida”, tal y como las conceptualiza Atienza, son elementos que influyen determinadamente en perjuicio de esas garantías. ATIENZA, Manuel, citado por GARZÓN Valdés, Ernesto, *El Derecho como Argumentación*, editorial Fontamara, 1ª re-impresión, Madrid: 2005, p.p. 50-51.

³⁰ Así lo consideraba Aristóteles cuando mencionaba que la aversión, la misericordia, la ira y otras afecciones análogas del alma no pertenecen al asunto, sino que se refieren al juez y que éste puede verse afectado en su decisión por dichas subjetividades, que en última, son solo accesorios de la cuestión planteada. ARISTÓTELES, *El Arte de la Retórica*, traducido por Granero E. Ignacio, 2ª re impresión, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina: 2007, p.p. 39-40.

concientes de la realidad que los rodea, para que así las decisiones y resoluciones ³¹ que al efecto se tomen sean las mejores para los ciudadanos que conforman la moral y la normalidad de la mayoría, pues es precisamente ahí donde se generan las “normalidades” de la sociedad y se democratiza la decisión judicial. Así, podríamos confirmar válidamente que si lo que legitima el derecho es la tutela de los derechos fundamentales, entonces no estamos hablando de una legitimidad democrática que únicamente se enfocaría en las mayorías, sino en una de tipo garantista, la cual prevé los derechos, aún contra los intereses de las mayorías, pero que sí es justa sin estigmatizar la norma a las “categorías del ser”.³²

Así es que se considera que la plena justicia no es difícil de lograr, porque la doctrina o los antecedentes jurisprudenciales ofrecen una jerarquía más o menos clara de valores o derechos.³³ La ponderación de esos valores no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que “en abstracto” todos ellos tienen el mismo peso o importancia. Para ello, la herramienta más útil del juzgador debe aplicarse desde el inicio del conocimiento de una litis: la ponderación, la cual conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso en concreto.³⁴

³¹ El juicio deja de ser un silogismo perfecto para convertirse en una especie de razonamiento incluido con diversos tipos de inferencias, y poderes que determinarán el grado de garantismo de los pronunciamientos judiciales.

³² Como Aristóteles les llamo: “figuras de la predicación o categorías del ser”, ciertamente, existen para él diez calidades del ser que inciden en la apreciación del ser humano, para en la mayoría de las veces, confundir su apreciación existencialista, dichas categorías son, según el filósofo: *entidad* (... vertido tradicionalmente por <<substancia>> y a veces por <<esencia>>), *cantidad*, *cualidad*, *relación*, *lugar*, *tiempo*, *actividad*, *pasividad*, *situación* y *estado*. Aristóteles, traducido por Patricio de Azcárate y Miguel Candel, *Metafísica*, Editorial Espasa Calpe, S.A., 21ª ed., España: 2007; p.p. 25-26.

³³ Autores como Dworkin, sostienen a propósito de este tema que: “...con otra topografía intelectual podríamos hacer mejor las cosas: podríamos entender que el derecho no es algo distinto de la moral sino una parte de ésta...” DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Editorial Marcial Pons.; Madrid: 2007; p.p. 44-45.

³⁴ Tal y como al efecto lo señala el autor Dehesa, “El juez se rige, en todo caso debe regirse, por el manejo simultáneo de unos criterios valorativos, para promover el justo equilibrio o armonización de los intereses privados opuestos, considerando el peso respectivo de esos intereses, preparándolos en la balanza de la justicia de modo que averigüe a cuál de ellos debe otorgar preponderancia. Pero eso habrá de tomar en cuenta también las convicciones sociales vigentes..” DEHESA, Dávila Gerardo, Op. Cit. p.p. 158-159.

Como todo acto equitativo y moral, la decisión jurisdiccional debe velar por el equilibrio de los valores (actos o situaciones con sentido positivo para las personas) vg: en el ejemplo paródico de a quién se le debe dar mérito si al huevo o la gallina, por haber sido el primero, en la postura que sostenemos, consideramos, que atentos al principio de equidad, ambos deben ser tomados en cuenta y ser ponderados para que acerca de los mismos se pueda emitir una decisión racional y moral. Sólo así una sentencia elaborada de esta forma es la única justificación o legitimación de la actividad jurisdiccional.

Además, resulta oportuno enfatizar y defender la postura de que la decisión judicial debe ser racional y moral, pues en la inteligencia del sistema se deben tomar las mejores decisiones, ponderadas, desde luego, con un juicio íntegro a la ciencia del derecho, pero fiel a la axiología de la justicia, no importando qué sistema esté en el poder, pues siempre debe existir un sistema, y desde la perspectiva de Luhmann, dicho sistema es necesario y este existe por sub-sistemas que a su vez, son indispensables unos de otros.

En este entendido, si el enfoque sistemático trata de comprender el funcionamiento de la sociedad desde una perspectiva holística e integradora, en donde lo importante son las relaciones entre los componentes y así, no menos parecido debe ser el enfoque que el juzgador le dé a un justiciable cuando valora los elementos con los cuales justifica su decisión.³⁵

Por ello es que atinadamente se considera en la doctrina que sólo si se admiten hechos morales, cabe hablar de la verdad de las normas, como lo hace el realismo moral,³⁶ aunque para algunos autores, les parezca que la

³⁵ Por citar otro sistema o teoría, se encuentra la teoría del caos, o teoría de los sistemas dinámicos no lineales, en la que confluyen los temas que se habían anunciado anteriormente: no-racionalidad, complejidad, relativismo y cambio y con los cuales también pueden y deben aplicarse los enfoques de la justicia social a la que toda sociedad aspira.

³⁶ A propósito de las normas morales Eugenio Bulygin también retoma lo apuntado por Caracciolo al citar que: "... en ningún caso la idea de derecho positivo, propuesta por el positivismo jurídico, involucra que las normas que lo integran tienen que ser verdaderas o satisfacer alguna otra condición equivalente como la que sostiene que son objetivamente válidas o que suministran razones para la acción. Porque sólo en tales supuestos puede existir un conflicto genuino con la moral objetiva." BULYGIN Eugenio, *El positivismo jurídico*, editorial, Distribuciones Fontamara, 1ª edición; México: 2006, p.p. 96 y 119.

máxima expresión del discurso justificativo ético se refleje en el realismo jurídico.³⁷

Así y con lo que hasta ahora se ha dicho, es pertinente abordar en comentario la mecánica del elemento práctico con el cual la debida motivación permite que se constituya o no, una resolución judicial en una garantía individual de carácter procesal, en este caso, me refiero a la herramienta más útil y legítima en la ciencia del derecho: la argumentación jurídica, elemento que trae implícito el deber de conocimiento de la ley y sus fuentes; de la técnica jurídica y de la constitucionalidad de las decisiones y me explico:

Desde el surgimiento de las teorías clásicas del derecho y hasta la actualidad, el hombre siempre ha conservado, desde mi perspectiva, las mismas preguntas respecto a la justicia para descubrir y practicar el ideal de la misma: ¿Qué es justicia?, ¿Cuál es la mejor justicia?, ¿Quién decide que es justo? y ¿Por qué justicia y no equidad? y aunque han sido muchas las respuestas de filósofos y juristas, también han sido bastantes los desaciertos históricos que se han cometido en aras de llegar a esas verdades únicas o utópicas, aunque también han existido valiosas aportaciones que han permitido la consecución de un análisis más centrado y enfocado en la realidad social. Ejemplo de lo anterior es el trabajo invaluable que aportó Dworkin, cuando en la búsqueda de estas cuestiones dedujo que lo importante inicialmente, era encontrar un método de análisis del derecho que permitiera no sólo describirlo, sino también proponer un enfoque consistente de los problemas y apuntar soluciones sustentadas en un conjunto de principios coherentes y es ahí donde debemos voltear nuevamente todos en sociedad, para optar por el re-diseño de políticas y leyes que guían las directrices de la plena justicia.

³⁷ El autor Manuel Atienza sostiene que el realismo jurídico supone una concepción en diversos sentidos más amplia que la del positivismo normativista (por ejemplo, en cuanto al sistema de fuentes) y una concepción dinámica e instrumental del derecho. Pero reduce el derecho a racionalidad instrumental y estratégica; excluye la deliberación racional sobre los fines "... (para los instrumentalistas no hay propiamente fines intrínsecos del Derecho, sino tan sólo fines externos) y, por ello, es una concepción que niega la racionalidad práctica en el sentido estricto de la expresión." ATIENZA, MANUEL, *El derecho como argumentación*, 1ª edición, editorial Distribuciones Fontamara, S.A.; México: 2003; p. 122.

Por ello sostenemos convincentemente que la función judicial se legitima cuando demuestra ser un medio adecuado para el fin contenido en la ley: la justicia que a su vez, interpreta y aplica a la ley, fuente jurídica de máxima racionalidad,³⁸ máxime si tomamos en cuenta que el objeto de estas interpretaciones, o con mayor precisión, tienen el carácter de norma de derecho fundamental en sentido semántico.

Desafortunadamente en la actualidad, la práctica judicial a veces, esta dotada de componentes que le permiten al juzgador, dadas sus amplísimas atribuciones, provocar ineficiencia en su decisión, o dictar sentencias basadas en aspectos sofísticos que han generado en ocasiones, juegos frívolos y que preponderantemente privilegian la forma sobre el fondo, lo que aparejado con otros problemas, como aquél de la formación del justiciable, permiten proliferar la cultura inquisitiva que predomina aún en la sociedad académica y jurisdiccional, lo que ha provocado entre otros vicios, que los jueces, argumenten mal, o no tomen en cuenta los precedentes, por citar algunas deficiencias. Todo lo anterior constituye parte de una serie de defectos que provienen del modelo adoptado y que tienen su razón o explicación en la utilización inadecuada de herramientas para la emisión de resoluciones.

Sin embargo, quienes se han visto involucrados en tomar decisiones de carácter jurisdiccional, están conscientes de que las alternativas que hay para solucionar un conflicto, muchas de las veces no encuentran su salida más sencilla en el texto de la ley, pues esta es resultado de convenios o pactos de grupos parlamentarios que en el intento por conciliar diferencias y perspectivas, omiten tomar como foco principal el entorno sociológico que rodea la creación de un mandato social y posteriormente, su impacto en la decisión

³⁸ Al respecto el autor Modesto Saavedra, señala que: "... si en el Estado moderno se entiende la función judicial como la tarea consistente en extraer el derecho a partir de la ley, la legitimidad de dicha función se basa tanto en la legitimidad de la ley misma, como en las garantías de la posición institucional del juez y de los recursos instrumentales y procedimentales de que dispone para hallar la solución demandada por aquélla. Pero en el Estado moderno la legitimidad de la ley es algo que se da por supuesto. Por consiguiente, la legitimidad judicial queda reducida a una cuestión instrumental, ..." SAAVEDRA, Modesto, *Interpretación del Derecho y crítica Jurídica*, 2ª edición, editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México: 1999, p.p. 89-90.

jurisdiccional,³⁹ sin embargo, como ese es tema únicamente coyuntural del presente ensayo, retomaré nuevamente el enfoque central para apuntar que ese problema legislativo sí influye en la solución de conflictos, pues como decía, no siempre la mejor solución de un problema encuentra su fundamento en la ley.⁴⁰ Cabe señalar que el juzgador válidamente puede en esos casos, resolver el problema integrando distintas normas o fuentes del derecho, o bien, crear o interpretarlas, pero para ello, es necesario que en esa subsunción se allegue y emplee la correcta argumentación de sus decisiones, para que no se lesionen los derechos de los justiciables,⁴¹ pues, finalmente de lo que se trata, es de persuadir con ayuda de lo que general o parcialmente es aceptado como válido.

Otra problemática identificable radica en que se puede desconocer que bajo la denominación de "argumentación jurídica", "razonamiento jurídico" o "racionalidad jurisdiccional",⁴² se incluyen reglas para solucionar problemas y estas necesariamente no son las mismas que se necesitan para exponer las soluciones, pues en la cadena continua de las normas,⁴³ las adscritas y las individuales son de carácter meramente subjetivas. Esta distinción, no tomada

³⁹ Incluso al respecto el autor Gerardo Dehesa se atreve a afirmar que toda sentencia es reflejo de la cultura de un país, es decir puede constituirse como una "radiografía" de la situación jurídica, social y política que vive un país. DEHESA, Dávila Gerardo, *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, 4ª edición; editorial SCJN; México: 2007; p. 6.

⁴⁰ Al respecto cabe tomar como breve reflexión el señalamiento que realiza el autor Carlos Bernal, cuando refiere que: "...De acuerdo con el principio democrático, para paliar las posibles extralimitaciones del poder, además de limitar jurídicamente su ejercicio, es necesario organizar la toma de decisiones políticas de tal modo que sus autores directos o indirectos sean los propios titulares de la libertad". BERNAL, Pulido Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición; editorial Centro de estudios políticos y constitucionales; Madrid: 2007; p.122.

⁴¹ Como lo sostiene al efecto, Manuel Atienza, "...el Derecho moderno consiste esencialmente en reglas, o sea, las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentoria, de manera que en muchos o en la mayoría de los casos los decisores (los aplicadores) pueden prescindir de las circunstancias particulares de los casos, esto es, de las razones para la decisión que en principio serían de aplicación para decidir el caso pero que, al no figurar en la regla abstracta preestablecida, el decisor no necesita tomar en consideración; lo que significa también que la aplicación de las normas puede hacerse sin que entren en juego los criterios morales y políticos del aplicador...". ATIENZA, MANUEL, *El derecho como argumentación*, 1ª edición, editorial Distribuciones Fontamara, S.A.; México: 2003; p.p. 86 y 87.

⁴² Como también lo señala el autor Jerzy Wróblewski, la racionalidad implica: "... que una proposición, una norma o una valoraciones justificable mediante una argumentación apropiada. En general, una decisión es racional si se basa en un determinado conocimiento y en determinadas valoraciones. Cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de la racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión." WRÓBLEWSKI, Jerzy *Sentido y hecho en el Derecho*, 1ª edición, editorial Doctrina Jurídica Contemporánea, México: 2001, p.p. 45-46.

⁴³ Clasificación que hace el autor Bernal, cuando se refiere a la subsunción que hace el juzgador respecto de las normas. BERNAL, Pulido Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición; editorial Centro de estudios políticos y constitucionales; Madrid: 2007; p.p. 114-115.

en cuenta, es de suma importancia, porque su olvido suele empobrecer tanto la búsqueda de soluciones como la exposición de las mismas, al no tener en claro los retos de cada tarea, lo que no encuentra justificación excluyente, pues ello implica el deber de todo juzgador de explicar las diversas normas del sistema legal cuál se elige para la solución del problema y porqué se elige, descartando la concurrencia de normas y su posible aplicación para un caso concreto.

Así, no lejos de lo que hoy es la argumentación jurídica, se han empleado a lo largo de la historia, diversas herramientas, e incluso se perdieron aquellas que los antiguos sabios habían empleado y que eran inmensamente valiosas, como la retórica en su surgimiento,⁴⁴ para dar paso a la utilización de otras técnicas o herramientas como incluso, la metodología jurídica⁴⁵ con lo cual, podemos concluir que sí han existido violaciones a los derechos humanos procesales de los individuos por parte del juez, el problema no reside entonces, en la escasez o falta de teoría ilustradora de la función argumentativa, sino más bien, me parece que se debería a diversos problemas coyunturales que han desvirtuado el enfoque central que el juzgador debió observar desde un inicio de su investidura, entre ellos, conocer, emplear y obligarse a perfeccionar perpetuamente la debida fundamentación y motivación en la argumentación de sus decisiones y no como suele suceder, la enseñanza de reglas para solucionar problemas que no son más que pautas para redactar una sentencia, pero no mecanismos o elementos para identificar la litis, vincular los elementos, razonar los planteamientos y emitir decisiones con el soporte o justificación

⁴⁴ Aristóteles ya citaba el uso de la Retórica y refería: "... que todos la poseen en alguna forma, puesto que todos tratan de buscar razones y sostener lo que afirman, y se ingenian para defender y acusar", la encontramos plenamente demostrada en los poemas homéricos. Los héroes de la epopeya poseen ya fluidez de palabra, pero todavía de una manera espontánea. Aquellos oradores sabían encontrar los argumentos apropiados, sabían demostrar...". Con lo que podemos concluir que el uso de la retórica es mas bien desde su surgimiento, utilizado con fines de búsqueda de la justicia, de ahí que debe seguirse empleando y defendiendo pues desde su creación fue utilizada como una herramienta para persuadir. Esta finalidad va a ser modificada luego en parte por Aristóteles, que nos dirá que el fin de la Retórica es encontrar en cada caso aquello que puede ser apto para persuadir. ARISTÓTELES, *El Arte de la Retórica*, traducido por Granero E. Ignacio, 2ª re impresión, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina: 2007, p.p. 13,17.

⁴⁵ El autor Manuel Atienza considera que la diferencia existente entre el uso que hoy se da a la expresión argumentación jurídica frente a la de método jurídico radica esencialmente en que la primera tiende a centrarse en el discurso justificativo (particularmente, el de los jueces), mientras que el "método jurídico" (por lo menos entendido en un sentido amplio) tendría que hacer referencia también a otra serie de operaciones llevadas a cabo por los juristas profesionales y que no tienen estrictamente (o no sólo) un carácter argumentativo. ATIENZA, Manuel, citado por GARZÓN Valdés, Ernesto, *El Derecho como Argumentación*, editorial Fontamara, 1ª re-impresión, Madrid: 2005, p. 70

debidas, lo cual repercute en el empobrecimiento de su capacidad de para solucionar problemas.

Sin embargo, para que esto que no ocurra, no basta que exista una sólida formación en la argumentación jurídica, lo que ya no es una cualidad sino una exigencia sin la cual no se hablaría de profesionales, y que además, la calificación de una decisión más adecuada, desde luego que no exige otra cosa que sea aquella mejor soportada en términos argumentativos, pues consecuentemente, reduce la expectativa en la universalidad de posibilidades de solución, lo que ofrece, como se ve, una dualidad de beneficios, que de entrada, justifican la racionalidad de su decisión y el justo tratamiento del justiciable.

Entonces las metas y visiones sobre las que se debe guiar todo juez al momento de asumir su función y más aún, al momento de conocer de un asunto, son las permanentes y legítimas respuestas de ¿Cómo ser un buen argumentador y hacer buenos argumentos? y ¿Cómo legitimar al Estado a través de su fallo? Y por ello, me parece que como mínimo, deben ser tomados en cuenta y por lo menos, los elementos siguientes: a) las tesis sobre las que se desarrollará la litis; b) los argumentos con las que se sostienen cada una de las posturas de las partes; c) la justificación de la decisión de carácter moral y legal y d) el medio que se elegirá para comunicar la decisión que al respecto se determina. En consecuencia, la sentencia se convertiría así en la explicación legal, legítima y justa que la autoridad realiza sobre la decisión que toma en un caso en contradicción.⁴⁶

Por cuanto hace a la valoración de los elementos de la litis, éstos han de ser debidamente cuidados, pues, como válidamente se apunta, es imprescindible

⁴⁶ Aquí vale la pena rescatar la opinión que al efecto cita el autor Manuel Atienza, cuando manifiesta que el Derecho moderno consiste esencialmente en reglas, o sea, las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentorias, de manera que en muchos o en la mayoría de los casos de los decidores (los aplicadores) pueden prescindir de las circunstancias particulares de los casos, esto es, de las razones para la decisión que en principio serían de aplicación para decidir el caso, pero que, al no figurar en la regla abstracta preestablecida, el decidor no necesita tomar en consideración; lo que significa también que la aplicación de las normas puede hacerse sin que entren en juego los criterios morales y políticos del aplicador. ATIENZA, Manuel, citado por GARZÓN Valdés, Ernesto, *El Derecho como Argumentación*, editorial Fontamara, 1ª re-impresión, Madrid: 2005, p. 86.

fijar el umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada.⁴⁷ Sin embargo, si en toda la secuela del planteamiento no se observan adecuadamente los aspectos garantistas, el error o violación procesal se puede cometer no necesariamente en el momento de la decisión pero sí con repercusión en la misma sin que el juzgador, quizá ni siquiera lo advierta, pues si bien, el factor predictorio formulado a partir de la hipótesis, puede generar nuevos juicios que quizá alteren también una decisión originaria, también puede ser que benéficamente, se reduzca el mar de posibilidades hasta ir descartando aquélla que sea la comprobación de los elementos iniciales en la misma hipótesis de la litis inicial, lo que en cualquiera de los casos, confirma la importancia del juicio y racionalidad del decidor, ello siempre y cuando no se incurra en el infrenable impulso de la búsqueda de la verdad de la razón, hecho que es por demás, dilatorio e infinito.⁴⁸

Así pues, es que la racionalidad de la sentencia consiste no en alcanzar la verdad en sentido ontológico, sino en la solución de una disputa que devuelva la actividad de los particulares a la normalidad social, entendiéndose a esta como la convivencia pacífica en su máxima expresión, o bien, la vida pacífica del derecho o la recién denominada: “vida humana objetivada”. Esto es así, pues todo eso que constituye la vida humana (lo que pensamos, sentimos, deseamos, disfrutamos, sufrimos, etc.) no lo sería si uno no se diera cuenta de ello. La vida tiene la característica única de saberse a sí misma, de cobrar conciencia de sí, de darse cuenta simultáneamente de uno mismo y del mundo en el cual uno está y esa es precisamente la perspectiva de la que no debe alejarse quien juzgue a un semejante.

Con lo anterior, se justificaría que quien argumente racionalmente tiene que estar dispuesto a dar cuenta de su posición a través de razones y esto sería

⁴⁷ Jordi Ferrer apunta concretamente a que debemos determinar el grado de probabilidad suficiente para dar por probada la hipótesis. Y para ello no podemos, por cierto, acudir a una simple cuantificación numérica de esa probabilidad, una vez se ha rechazado la aplicabilidad de la probabilidad matemática pascaliana como esquema de razonamiento probatorio y para llegar a tal conclusión se apoya en los apuntes de (Zuckerman, 1989: 122 ss.) FERRER, Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, editorial Marcial Pons, Madrid: 2007, p.53.

⁴⁸ A ello me refiero cuando se toman las ideas de Dworkin, al citar que los juristas teóricos parecen sufrir un irrefrenable impulso de insistir en que la tesis de la única respuesta correcta tiene que significar algo más que aquello que se recoge en la opinión común de que una parte tenía las mejores razones en cruzar. DWORKIN, Ronald, *La Justicia con Toga*, Editorial Marcial Pons; Madrid: 2007; p. 53.

suficiente para afirmar su pretensión de validez y a su vez, encontraría congruencia con cualquier tipo de equidad o justicia del que se hable, pues una ley está justificada cuando resulta razonable, lo que en palabras similares ya dadas alude a cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo.⁴⁹

Solo en este sentido, desde la perspectiva y perfil que debe tener el justiciero, agregaremos un elemento cualitativo que exige el perfeccionamiento de la decisión: la racionalidad de la decisión judicial y que será clara y válida cuando se establezca en dicha razón herramientas de la mentalidad ventajosa, como lo es el uso de la estrategia, aquélla que esta en boga en infinitas materias y cuya utilidad permite tomar no solo una buena decisión, sino que implica buscar la mejor alternativa con el mínimo margen de error en beneficio del fin que se persigue institucional o sistemáticamente.⁵⁰

De esta forma se podría tomar en cuenta la racionalidad de la decisión judicial como elemento característico de una democracia, enfocándonos a la de tipo deliberativo, en el que válidamente se puedan tomar en cuenta las preferencias y los intereses de la gente y que puedan ser transformados a través del diálogo racional, de la liberación colectiva, pues si el juez tiene discrecionalidad para la selección de los métodos, también los tiene para la selección de fines.

Por tanto, la argumentación racional puede ser una herramienta más fuerte y útil para la legitimación de la democracia, pues permite un amplio margen de prácticas sociales y de ahí que muchos autores vean a la teoría de la argumentación racional como el instrumento que permite crear o limitar las

⁴⁹ ALEXY, R. "Teoría de los derechos fundamentales", citado por PRIETO Sanchís, Luis, en la obra: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, editorial, Palestra, 1ª reimpresión, Lima, Perú: 2007, p.63.

⁵⁰ Así pues, como valioso recurso para la mejor comunicación de la labor judicial, hay autores como Albert Calsamiglia que identifican a la racionalidad estratégica como: "*La conducta de la elección del sujeto es una de las variables. Sus elecciones deben tener cuenta las elecciones de los demás y la conducta esperada de los otros. A este tipo de racionalidad se le denomina estratégica...* La noción de racionalidad estratégica es relevante para la toma de decisiones sociales, ... muchas situaciones jurídicas no suponen racionalidades paramétricas sino estratégicas. Los individuos reaccionan ante leyes y hay que prever cuál va a ser la reacción para tomar la decisión correcta." CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, 2ª edición, editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México: 1999, p.40.

irracionalidades de un sistema, cuando a mí, simplemente me parece que es una indispensable exigencia.

Habiendo destacado los puntos anteriores, me queda abundar sobre el espacio íntimo del juez para con su determinación, aquél del que depende la lealtad hacia los valores del derecho y de la moral y en el que entabla el contacto con las partes y el sistema y el cual es de gran importancia, pues la subsunción del juez, al momento de estudiar los asuntos ante él planteados, debe ser magnánimamente o bien, la de devolver la norma, o bien crear una, pero siempre con el unívoco fin de que el ciudadano sea puesto en el centro de la decisión en el enfoque de sus derechos sociales. Para ello, es que resulta de gran importancia la utilización de herramientas procesales que se obtienen de las mismas fuentes del derecho, como lo es en el caso del “principio *iura novit curia*”, y que al aplicar exclusivamente el derecho vigente al caso sometido a decisión, emplea la calificación de la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen,⁵¹ pero siempre, como ya se ha insistido, a la realidad social, si bien conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso, pero siempre anteponiendo como principal cuestión a enjuiciar, los hechos.

Ya en este momento es donde debemos tomar en cuenta la justificación externa y la interna que motivan entonces la elección de la decisión del juzgador, pues por ejemplo, si las partes legítimas no indicaron qué norma se debe ampliar o bien, la que citaron es incorrecta, todo titular de un Juzgado o

⁵¹ Al respecto de esta máxima, el autor Ormazaval Sánchez, dedica su obra doctrinaria a analizar en qué medida condicionan las alegaciones jurídicas de las partes la aplicación del Derecho por parte de los tribunales civiles cuando se fundamentan en el principio de “*iura novit curia*”, concluyendo que a su parecer, implica más bien, permite, junto al deber de congruencia, combinar la más correcta aplicación del Derecho con el derecho de las partes a disponer de lo suyo, con la estructura contradictoria del proceso y con las garantías de la defensa en juicio, Señalando que La Ley de Reforma Procesal Civil de 27 de julio de 2001, dio al precepto que comentamos su actual redacción, en la que se ha tratado de plasmar la figura del –juez activo-, cuya función, según el propósito del legislador y el parecer de la doctrina, no se limitaría a recoger el material fáctico, jurídico y probatorio que le suministran las partes, sino que también ha de contribuir con su actividad a completar y reunir dicho material con el objeto de que el proceso arribe a su fin propio, la justa resolución del conflicto, siempre con total respeto a los principios de igualdad de las partes, dispositivo y de aportación de parte. ORMAZAVAL, Sánchez Guillermo, *iura novit curia*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.; Madrid: 2007; p. 22. Sin olvidar que la misma Declaración de los Derechos Humanos en su artículo 10 se establece claramente que toda persona tiene derecho en condiciones de igualdad a que se le administre justicia por un tribunal imparcial.

Tribunal, además de analizar la verosimilitud de los hechos y la justificación de estos, inicialmente tendrá que hacer una correcta elección entre diversas normas para determinar cuál es la aplicable al caso concreto.

Así es que procede la justificación externa ante la laguna absoluta de la ley o la insuficiencia de la norma, casos en los cuales el Tribunal a través de su titular deberá construir y complementar dispositivos normativos o utilizar por analogía, normas de otras instituciones jurídicas pero en todo caso, deberá proceder previamente a la explicación de la ausencia de norma, de la insuficiencia de la misma y explicar de igual modo en forma meticulosa cómo lo complementa o cómo elige una disposición normativa semejante, explicación que debe ser amplia, clara, convincente o persuasiva y suficiente racional y razonablemente aceptable, de manera que produzca una solución jurídica, práctica y axiológicamente aceptable, pues de no ser así, se convertiría en un acto autoritario que además de producir suspicacias sobre las verdaderas razones de la decisión, genera un estado procesal de indefensión, dado que no es factible construir contra argumentos respecto de decisiones que carecen de explicación.

Lo que se quiere puntualizar es el hecho de que existiendo razones abundantes y coherentes, habrá oportunidad verdadera de refutar, en caso contrario, el silencio o la complejidad del argumento, haciendo nugatorio el derecho de defensa por ignorarse o ser imposible de comprender las razones verdaderas de la decisión.

Esto es así, pues el proceso judicial, para ser verdaderamente democrático, debe ser transparente, pues los justiciables tienen el derecho de saber las razones de la decisión, a fin de que en un determinado momento, tengan la oportunidad de contradecir dicha decisión, por lo que queda ampliado en ese sentido el derecho de la defensa jurídica, pues en ese caso, el ciudadano no sólo puede inconformarse contra el contenido del proceso, sino además, en contra de la autoridad jurisdiccional que resolvió una determinada cuestión procesal planteada o, definitivamente de manera adversa a quien se sienta afectado.

Es pues, que el derecho a la defensa se ve como un derecho fundamental, pues es más amplio que el principio de contradicción de la parte opuesta e incluso, llega a la posibilidad de contradecir también a la autoridad que en primera o en última, instancia hayan conocido y resuelto dentro de los sistemas internos de defensa de los derechos procesales del hombre y que se pueda, así, con argumentos razonables, oponerse no sólo a sus contrarios, sino también a la autoridad que decidió en contra del inconforme.

En consecuencia, la interpretación de los derechos fundamentales es amplia, en el sentido de que los mismos son oponibles y exigibles a otros ciudadanos y al propio Estado cuando actúa por medio de sus agentes, esto es, “puedo defenderme contra las pretensiones de estas personas y contra las acciones u omisiones públicas y, finalmente, contra las decisiones contenidas en actos de autoridad jurisdiccionales”. Todo lo anterior se convierte en requisitos sin los cuales un ciudadano no goza de manera efectiva de sus derechos fundamentales, pues el Estado no puede autocalificarse de democrático, constitucional o de derecho si no aplica y converge con lo anterior.

Ya en la reflexión íntima del juzgador con el asunto planteado, ante la posibilidad de diversas lógicas utilizadas en la decisión, lo ideal es que el juez con suma honestidad intelectual indique cuál de las lógicas utiliza para la decisión y porqué usa una u otra, o bien, ambas, pues realizarlo sin explicación se convierte en un acto arbitrario que no se debe permitir en forma ideal.

El problema pues, es muy complejo porque muchas de las veces en una simple plática se pueden variar los argumentos vertidos, modificando nuestras argumentaciones de la lógica formal, aquélla que parte de la premisa inicial como verdadera y nos lleva al axioma de que una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo, al de la lógica retórica que parte de premisas iniciables como plausibles y no verdaderas y que equivale a la expresión popular: “de que nada es verdad y nada es mentira, todo depende del color del cristal con que se mira”.

Así, la lógica formal parte de la obligación de conocer y comprender correctamente, esto es, la capacidad de que el sujeto conocido tenga para ser objetivo, para mirar y entender verdaderamente el fenómeno que tiene ante sí, ser capaz de definirlo, nombrarlo, clarificarlo sin lugar a dudas y sin equivocación, siendo esto no sólo un desafío intelectual que muchas veces no se logra.

No obstante, cabe la posibilidad de que el sujeto cognoscente (juzgador) no comprenda correctamente la realidad y de manera automática e inconsciente proceda a explicarla o a complementarla con apreciaciones personales, derivado de su experiencia, su mayor o menor inteligencia o como dice Hunt, de sus paradigmas.

En consecuencia, los hechos que en términos racionales pueden entenderse como objetivamente adquiribles o alcanzables, en la práctica no lo son y como ya se ha dicho, tendrán una mayor o menor cantidad de subjetividad.

Ahora bien, en términos de la lógica retórica, el desafío resulta mayor, puesto que es evidente que entre dos o más soluciones que el juez encuentre o construya, el carácter plausible que se le de a la premisa mayor será evidentemente elegido en términos de preferencias ideológicas, axiológicas o intelectuales y no es posible verificar en términos objetivos de manera fácil que la elección no sólo es correcta sino, también conveniente, pues es indudable que si atrás de la elección hay preferencias o deseos que no están expresamente vertidos, será altamente complejo considerar la contradicción, la réplica o la contra argumentación.

Por lo anterior se concluye que una decisión jurídica es razonable en sentido estricto si y sólo si, se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión estrictamente racional; si se logra además un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión, si se obtiene un máximo de consenso entre la sociedad y el sistema existente y finalmente, siempre que respeten las garantías individuales y procesales establecidas y reconocidas universalmente.

Una vez dado lo anterior y dilucidado el silogismo clásico para la solución de controversias la justificación externa que implica el deber de todo decidor de explicar las diversas normas del sistema legal, cuál de estos se elige para la solución del problema, aclarar perfectamente, vincular con las razones suficientes porqué se elige dicha alternativa, descartando la concurrencia de normas, la salida a ambigüedades y concretándose únicamente a su posible aplicación para un caso concreto, se convierte en la correcta motivación que debe ser empleada en toda decisión racional, justa y democrática.

Por ello, es que me atrevo a asegurar que del planteamiento inicial puedo obtener que efectivamente, la motivación procesal judicial sí es un derecho que debe ser respetado con el rango de garantía constitucional; que debe ser analizado con toda la responsabilidad de racionalidad y juicio axiológico que ello implica; que sí es aplicable para todo individuo por ser un derecho que le es inalienable a su personalidad, y por último, que sí es una obligación de todo juzgador de respetarlo y emplearlo en sus decisiones.

Esto es así, pues los derechos fundamentales legitiman al sistema y por tanto, a la democracia, sustituyéndose estos dos conceptos recíprocamente, de ahí que un Estado que se designe como democrático no puede, por absurdo, apartarse de dar protección y ejecución a los derechos fundamentales y en este entendido, válidamente podemos distinguir cuando el derecho se tilda así de ilegítimo, pues su ejecución indudablemente afecta la esfera de derechos de carácter fundamental.

Por ello se insiste en la propuesta de la debida formación y tratamiento del juzgador como un “jurista pro-activo”, pues su labor, desde la perspectiva del nuevo enfoque garantista del derecho, universalmente hablando, no se debe reducir a confirmar un argumento que una persona sobre el derecho haga valer ante los justiciables, sino que en todo caso, debería pugnarse por el derecho sustancial de los derechos fundamentales y su debida ejecución aún sin la existencia del debido planteamiento, pues para ello, el justiciable se encuentra capaz de detectarlo del contenido de los hechos.

Así, me parece irónico que exista en un sistema democrático el impedimento actual de que el control de constitucionalidad pueda ser aplicado por cualquier juez, pues ello trae aparejado, la no actuación ni existencia de jueces garantistas. Por tanto, considero conveniente revisar esto desde la teoría para después discutirlo en todos los ámbitos pertinentes, puesto que cuando a un organismo jurisdiccional se le concede la atribución de emitir una opinión sobre la constitucionalidad de una ley ordinaria, este no hace sino actuar conforme a la función del derecho desde su tripe acepción: la vigente, la válida y la eficaz, y no podría, ni desde el aspecto filosófico, ni desde el político ni mucho menos del social, cuestionarse su creación y razón de ser del derecho que lo creó, facultó y respaldó, pues el derecho a toda luces sería un derecho legítimo.

Es por ello que enfatizo lo conveniente de la delegación de atribuciones de carácter jurisdiccional sobre leyes constitucionales y ordinarias desde varios niveles de competencia y aunque conciente estoy de que esta propuesta de inmediato producirá desconcierto y contradicción en eminentes juristas y eruditos de la materia, que observarían en la interpretación judicial la amplia posibilidad de destruir el orden normativo ante la infinita posibilidad de interpretaciones divergentes de la Constitución y demás legislación ordinaria, bien vale la pena, replanteárselo desde la nueva perspectiva del derecho, pues la actual estructura de jurisdicción competente es una falacia que sólo mantiene el status quo de privilegiar a un organismo para comprender los derechos fundamentales, la constitucionalidad y la legalidad ordinaria en una noción automáticamente identificada con la verdad única, impidiendo la aportación intelectual de otros agentes del sistema jurisdiccional que pueden aportar con buena fe y rigor intelectual, nuevos modos de interpretación que le den mayor validez y eficacia a los preceptos normativos y con ello generen un mejor Estado y desde luego, una mejor sociedad.

A manera ejemplificativa, la propuesta concreta gira en torno al supuesto hipotético de que un organismo jurisdiccional con las controvertidas atribuciones, al momento en que le fuera sometido un asunto de constitucionalidad, previo a la resolución del caso que tenga enfrente, debería

no sólo velar por los argumentos de las partes respecto a la constitucionalidad de la propia Constitución o de las leyes ordinarias, sino además, estudiar y pronunciarse respecto a la compatibilidad de estas últimas con los derechos fundamentales, lo que impediría la explosión de criterios divergentes que le restaran sistematización y coherencia al sistema jurisdiccional.

En México para abordar esta situación sería conveniente inicialmente, atender a la honestidad de cada uno de los agentes que tienen en sus manos la solución y ponderar sus beneficios, entonces lo procedente sería la separación formal y sustancial de las funciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para la creación en su lugar, de un Tribunal Constitucional que en abstracto, resuelva cuestiones de constitucionalidad, puesto que la Corte en nuestro país, ha mantenido su postura sobre el análisis de la Constitucionalidad de normas como algo que le es impedido por el propio sistema, bajo el argumento de que una norma constitucional no puede ser inconstitucional y esta expresión aparentemente axiomática, resultará verdadera si se estima que la Constitución es el orden normativo supremo que no puede ser sometido por ninguna norma, pero todo ello es una falacia si se toma en cuenta que toda norma incluyendo la Constitución misma, tiene como obligación respetar la dimensión sustituta del derecho, representada en este caso por los derechos fundamentales y su garantía verdadera y eficiente.

Consideraciones finales.

De lo expuesto en el contenido de este ensayo, intenté crear correspondencias y vínculos que a mi juicio, son lógicos para concluir que la preservación del debido proceso judicial, constituye una garantía fundamental irrenunciable de todo hombre, pues este goza de la tutela de la norma del derecho natural, del moral y del positivo, argumentar adecuadamente es y seguirá siendo la máxima expresión de equidad, justicia social y el mayor límite de cualquier actuación oficiosa del órgano jurisdiccional violatoria.

Ahora bien, si todo ciudadano, hombre o individuo tiene derecho a que le sea administrada la justicia, lo cierto es que la misma debe corresponder a tribunales cuya expedición de fallos estén llenos de sabiduría social, buen juicio, justicia y de conocimiento jurídico, lo que no se consigue sino con la consecución de los ideales institucionales y profesionales de quienes se encuentran inmiscuidos en el sistema de la administración de justicia.

La sentencia no se justifica por la existencia de la ley sino por las razones plausibles suficientemente coherentes para entender lo racional y razonable de la decisión.

La pluralidad permite la construcción de normalidades. Sin embargo, esto no debe generar relatividades, pues la función principal del juzgador debe ser la de regular a las mayorías y ahí es donde entra la vinculación de la decisión y de la democracia. Toda decisión de autoridad y especialmente, la jurisdiccional, debe vertir de manera diáfana las razones de su decisión.

Es por ello, que se propone que el debido proceso sea definido como aquél que se le ejecuta a cualquier persona cuando el juez emite una decisión jurisdiccional racional y equitativa, significa que esa sentencia, o bien, cualquier acto emanado de la autoridad, sea emitido estratégicamente con el cuidado suficiente para que no se lesionen derechos ni colectivos de la sociedad ni los individuales de los justiciables y que su decisión sea emitida con el soporte

jurídico, normativo, moral y social suficiente con una metodología que pueda ser lo más clara y equitativa posible.

Solo así, se creará la justicia plena, la de todos, la que permitirá alcanzar los utópicos temas de la doctrina de la justicia social y los de la sociedad en general: la verdadera justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ALEXY, Robert, *Derechos Sociales y su Ponderación*, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid: 2007.
- 2.- ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado por PRIETO Sanchís, Luis, en la obra: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, editorial, Palestra, 1ª reimpresión, Lima, Perú: 2007.
- 3.- ARAGÓN Reyes, Manuel, *La Justicia Constitucional en el siglo XX, Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México: 2006.
- 4.- ARISTÓTELES, *El Arte de la Retórica*, traducido por Granero E. Ignacio, 2ª re impresión, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina: 2007.
- 5.- ARISTÓTELES, traducido por Patricio de Azcárate y Miguel Candel, *Metafísica*, Editorial Espasa Calpe, S.A., 21ª ed., España: 2007.
- 6.- ATIENZA, MANUEL, *El Derecho como Argumentación*, 1ª edición, Editorial Distribuciones Fontamara, S.A.; México: 2003.
- 7.- ATIENZA, Manuel, citado por GARZÓN Valdés, Ernesto, *El Derecho como Argumentación*, editorial Fontamara, 1ª re-impresión, Madrid: 2005.
- 8.- BERNAL, Pulido Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición; editorial Centro de estudios políticos y constitucionales; Madrid: 2007.
- 9.- BOVERO, Michelangelo, *Una Gramática de la Democracia*, Editorial Trotta, S.A.; Madrid: 2002.
- 10.- BULYGIN Eugenio, *El Positivismo Jurídico*, editorial, Distribuciones Fontarama, 1ª edición, México D. F: 2006.
- 11.- CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, 2ª edición, editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México: 1999.
- 12.- DE AZCÁRATE, Patricio, citando a Aristóteles en la obra: "Política", volumen 3, - Madrid: 1874.
- 13.- DEHESA, Dávila Gerardo, *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, 4ª edición; editorial SCJN; México: 2007.
- 14.- DWORKIN, Ronald, *La Justicia con Toga*, Editorial Marcial Pons, Madrid: 2007.

- 15.- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, 2a.ed. Madrid: 1997.
- 16.- FERRER, Beltrán Jordi, *La valoración racional de la prueba*, editorial Marcial Pons, México: 2007.
- 17.- GONZÁLEZ, Compeár Miguel y BAUER Peter, *Jurisdicción y Democracia (los nuevos rumbos del Poder Judicial en México)*, 1ª ed; Editorial Cal y Arena; México: 2002.
- 18.- HEIDEGGER, Martín, *Carta sobre el humanismo*, Editorial Peña Hermanos, México: 1998.
- 19.- ORMAZAVAL, Sánchez Guillermo, *Iura novit curia*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.; Madrid: 2007.
- 20.- PRIETO Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, editorial, Palestra, 1ª reimpresión, Lima, Perú: 2007.
- 21.- PREDIERI, A. *El Sistema de las Fuentes del Derecho*, citado por PRIETO Sanchís, Luis, en la obra: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, editorial, Palestra, 1ª reimpresión, Lima, Perú: 2007.
- 22.- SAAVEDRA, Modesto, *Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica*, 2ª edición, editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México: 1999.
- 23.- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el Derecho*, 1ª edición, editorial Doctrina Jurídica Contemporánea, México: 2001.

Internet:

- 1.- GARCIA Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre derechos humanos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, editado por la UNAM, número 117, ISSN-0041-8633, AÑO 2006. Portal de Internet: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex117/BMD11702.pdf>. p. 655. Fecha de consulta: 25 de abril de 2008.
- 2.- HABERMAS, Jürgen, *La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de derecho*. Para ver esta referencia concretamente se puede recurrir a la obra publicada en la Revista Jurídica de Investigaciones Jurídicas de la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Portal electrónico www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001_0002_Investigacion.pdf.p.9.

- 3.- LINARES, Juan Francisco, *El debido proceso*, Portal Jurídico Legal, Portal de Internet:
<http://forodelderecho.blogcindario.com/2007/12/00046-el-debido-proceso.html>. Fecha de consulta: 24 de abril de 2008.