

50  
2020

Revista  
DEL INSTITUTO DE LA  
JUDICATURA FEDERAL  
ESCUELA JUDICIAL



Consejo de la  
Judicatura Federal



CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR (PRESIDENTE)

BERNARDO BÁTIZ VÁZQUEZ  
JORGE ANTONIO CRUZ RAMOS  
EVA VERÓNICA DE GYVÉS ZÁRATE  
ALEJANDRO SERGIO GONZÁLEZ BERNABÉ  
SERGIO JAVIER MOLINA MARTÍNEZ  
LORETTA ORTIZ AHLF

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

COMITÉ ACADÉMICO

ARTURO BÁRCENA ZUBIETA (PRESIDENTE)  
KARINA ANSOLABEHERE  
EUGENIA PAOLA CARMONA DÍAZ DE LEÓN  
MARISOL CASTAÑEDA PÉREZ  
MÓNICA GONZÁLEZ CONTRÓ  
ANA MARÍA IBARRA OLGUÍN  
SET LEONEL LÓPEZ GIANOPOULOS  
ANA LAURA MAGALONI KERPEL  
JOSÉ ALFONSO MONTALVO MARTÍNEZ  
JOSÉ DE JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ

## INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

ARTURO BÁRCENA ZUBIETA  
DIRECTOR GENERAL

JOSÉ IGNACIO MORALES SIMÓN  
COORDINADOR ACADÉMICO

### CONSEJO EDITORIAL

ROSA MARÍA ÁLVAREZ GONZÁLEZ (IIJ-UNAM)  
AMALIA AMAYA (IIF-UNAM)  
KARINA ANSOLABEHERE (IIJ-UNAM)  
MANUEL ATIENZA (UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA)  
JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA (UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA)  
JOSÉ DÁVALOS MORALES (FACULTAD DE DERECHO-UNAM)  
JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (IIJ-UNAM)  
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (IIJ-UNAM)  
PAULA MARÍA GARCÍA VILLEGAS SÁNCHEZ CORDERO (PJF, MÉXICO)  
JORGE ALBERTO GONZÁLEZ GALVÁN (IIJ-UNAM)  
JUAN E. MÉNDEZ (AMERICAN UNIVERSITY, EUA)  
MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ (CEPOLCRIM)  
MARGARITA PALOMINO GUERRERO (IIJ-UNAM)  
ASCENSIÓN E. PERALES (UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, ESPAÑA)  
PEDRO SALAZAR UGARTE (IIJ-UNAM)  
JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO (FACULTAD DE DERECHO-UNAM)  
SANDRA SERRANO GARCÍA (FLACSO-MÉXICO)  
FERNANDO VILLASEÑOR RODRÍGUEZ (ESCUELA LIBRE DE DERECHO)  
JORGE ALBERTO WITKER (IIJ-UNAM)

### EDITORA RESPONSABLE

GLORIA PATRICIA URIBE GRANADOS  
SECRETARIA TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN, PUBLICACIONES Y SERVICIOS BIBLIOTECARIOS

50  
2020

# Revista

DEL INSTITUTO DE LA  
JUDICATURA FEDERAL

ESCUELA JUDICIAL



GF

Consejo de la  
Judicatura Federal

**Número 50, 2020**

La *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* es una publicación editada y distribuida por el Instituto de la Judicatura Federal, órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal. Palacio de Justicia Federal, Sidar y Roviroso No. 236, Colonia Del Parque, Alcaldía Venustiano Carranza, C.P. 15960, Ciudad de México. Tel. (55)5133-8900, Exts. 6685 y 6614.

Editora: Gloria Patricia Uribe Granados

Diseño de portada: Daniel León Aviña

Número de certificado de licitud de título (en trámite); número de certificado de licitud de contenido (en trámite); certificado de reserva de derechos al uso exclusivo del Instituto de la Judicatura Federal, el género de publicaciones periódicas, (en trámite).

© 2005 Instituto de la Judicatura Federal  
ISSN (1405-8073)

# CONTENIDO

## **Presentación**

### **Foro**

El poder contramayoritario desde la lente neoconstitucionalista DULCE MIRIAM BENÍTEZ OROPEZA.....	2
Elogio de la teoría: el papel de los jueces en la democracia deliberativa JEAN-YVES CHÉROT.....	16
Modelo de Justicia Alternativa Constructivista-Igualitaria Social JESÚS ZÚÑIGA GONZÁLEZ.....	35

### **Comentario Jurisprudencial**

La caducidad y la prescripción en el derecho administrativo sancionador como parte del debido proceso. Comentarios a la Contradicción de Tesis 361/2016 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ADÁN MALDONADO SÁNCHEZ.....	52
---	----

### **Reseña**

Víctor M. Brangier, Saber hacer y decir en justicia. Culturas jurídico-judiciales en la zona centro-sur de Chile (1824-1875) MARIANA MORANCHEL POCATERRA.....	78
--	----

## PRESENTACIÓN

El Instituto de la Judicatura Federal celebra la publicación del número 50 de su *Revista*. Este proyecto editorial iniciado en 1997, tuvo como finalidad brindar un espacio de análisis y reflexión para las y los integrantes del Poder Judicial de la Federación, y de la comunidad jurídica dentro y fuera de nuestro país. A lo largo de estos años la Revista ha crecido en contenido y público, se han incluido nuevas secciones y se ha logrado una divulgación internacional de su contenido.

La Revista ha generado un espacio de análisis y discusión que permite dar cuenta de las transformaciones que el Poder Judicial y nuestro sistema jurídico en general han sufrido en estos años, así como de los desafíos que enfrentan las y los operadores jurisdiccionales.

Agradecemos profundamente a quienes han trabajado para hacer de la Revista una realidad. Al Comité Académico del Instituto de la Judicatura Federal y el Consejo Editorial de la Revista por guiar y encausar el proyecto. A los dictaminadores por su generoso tiempo al revisar y comentar los trabajos. De igual manera, agradecemos al equipo editorial y de diseño dentro del Instituto de la Judicatura Federal, quienes trabajan arduamente para lograr esta publicación semestral. Finalmente, agradecemos a los lectores por su interés y contribuciones de mejora.

El número 50 incluye diversos trabajos en torno a la justicia. Se estudia el *neconstitucionalismo* como corriente de pensamiento actual, y la importante labor de quienes imparten justicia para garantizar los derechos humanos. Se analiza también el papel de las y los jueces en la democracia deliberativa moderna considerando algunas bases teóricas desarrolladas por Dworkin. Asimismo, se incluye un análisis sobre el modelo de justicia alternativa, constructivista e igualitaria-social, como un medio alternativo de solución de controversias orientado a crear una cultura de paz y armonía en la sociedad.

En la sección de comentario jurisprudencial, se analiza la *contradicción de tesis* 361/2016 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la caducidad y la prescripción en el derecho administrativo sancionador. Finalmente, se reseña el libro, *Saber hacer y decir en justicia. Culturas jurídico-judiciales en la zona centro-sur de Chile (1824-1875)*, obra histórica que da cuenta de un importante periodo para la integración del poder judicial chileno.

Con la publicación del número 50 de la Revista, el Instituto de la Judicatura Federal refrenda su compromiso con la difusión del pensamiento jurídico y la promoción del análisis riguroso y reflexivo. De igual manera, refrendamos nuestra política de acceso abierto, con la cual, el contenido puede ser consultado de manera libre y gratuita.

**DR. ARTURO BÁRCENA ZUBIETA**  
**DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL**

FORO

## EL PODER CONTRAMAYORITARIO DESDE LALENTE NEOCONSTITUCIONALISTA

COUNTER-MAJORITARIAN POWER THROUGH THE NEO-CONSTITUTIONALIST LENS

Dulce Miriam Benítez Oropeza<sup>1</sup>

**RESUMEN.** La constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, después del funesto desenlace de la Segunda Guerra Mundial, dio lugar al nacimiento de constituciones densas que representaron un orden institucional y reivindican la igualdad y dignidad humana. En este contexto, los jueces y en especial los jueces constitucionales, cobran una amplia relevancia pues se asumen como los garantes de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador, lo que origina una tensión constante entre constitucionalismo y democracia. Así, el papel del Juez será buscar un equilibrio entre ambas posturas, aun cuando en el proceso se le cuestione sobre el poder contramayoritario que representa.

**PALABRAS CLAVE.** Constitucionalización, Democracia, Neoconstitucionalismo, Poder contramayoritario.

**ABSTRACT.** The process of constitutionalization of legal instruments in the aftermath of World War II, gave birth to lengthy constitutions that embodied an institutional order and vindicated equality and human dignity. In this context, Judges and most importantly Constitutional Judges, play a crucial role as guardians of fundamental rights even so before legislators. This creates tension among constitutionalism and democracy. In this context, the role of Judges is to provide equilibrium between both sides, even if during this process the counter-majoritarian role that they represent is put into question.

**KEYWORDS.** Constitutionalization, counter-majoritarian power, democracy, neo-constitutionalism, precompromise.

**Fecha de recepción:** 24 de septiembre de 2019.

**Fecha de aceptación:** 05 de mayo de 2020.

---

<sup>1</sup> Secretaria Ejecutiva, Instituto de la Judicatura Federal.

**SUMARIO.** I. Introducción al Neoconstitucionalismo; II. Condiciones de Constitucionalización; III. La tensión entre constitucionalismo y democracia; IV. El Juez, un poder contramayoritario; V. Conclusión; VI. Referencias.

[...] una ley contraria a la constitución no es ley  
[o]... las constituciones escritas son absurdos  
intentos del pueblo para limitar un poder  
ilimitable por la naturaleza.  
- John Marshall

## I. INTRODUCCIÓN AL NEOCONSTITUCIONALISMO

El *neoconstitucionalismo* es una corriente de pensamiento heterogénea, una gran cantidad de autores ha llegado a coincidir en varios e interesantes postulados pero también han disentido en conclusiones. De ahí que cuente con pocos militantes y bastantes críticos; incluso, algunos autores han optado por hablar de *neoconstitucionalismos* en plural,<sup>2</sup> razonando sobre la conveniencia de una pluralidad para poder dar una respuesta global a una nueva cultura jurídico-política.

Sobre su antecedente conceptual, Barberis explica que a finales de los años noventa, él junto con otros dos teóricos de la escuela genovesa –Pozzolo y Comanducci–, adoptaron el término *neoconstitucionalismo* para hacer referencia a los rasgos que compartían la mayoría de teorías críticas positivistas.<sup>3</sup>

En palabras de Pozzolo: “[e]l término neoconstitucionalismo ha sido acuñado para denominar un cierto modo anti-iuspositivista de aproximarse al derecho: una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni post-positivista”.<sup>4</sup> No puede ser identificado con el positivismo jurídico porque a través del neoconstitucionalismo el derecho es concebido en un plano más amplio que el que ofrece la legalidad.<sup>5</sup> Menos aún es posible situarlo dentro del iusnaturalismo, pues aunque el neoconstitucionalismo hace una lectura del derecho desde el plano de la moral, no se habla de principios o leyes

---

<sup>2</sup> Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, n.º 44, 2010, p. 462, disponible en: <file:///Users/dulce/Downloads/516-782-1-PB.pdf>.

<sup>3</sup> Barberis, Mauro. “‘El Neoconstitucionalismo’, *Third theory of Law*” en Pozzolo, Susanna, (ed.) *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*. Palestra Editores, Lima, 2011, p. 255.

<sup>4</sup> Pozzolo, Susanna. “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo” en Pozzolo, Susanna, (ed.) *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*. *Ibidem*. p. 16.

<sup>5</sup> Romero Martínez, Juan Manuel. “El neoconstitucionalismo y los principios en el derecho”, en *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*. IJ-UNAM, México, 2015, p. 9. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/10.pdf> Fecha de consulta 31 de mayo de 2019.

naturales superiores al derecho.

En cuanto a su antecedente material, es posible sostener que los catastróficos efectos causados por la Segunda Guerra Mundial fueron el detonante que llevó a muchos a cuestionarse sobre las implicaciones que tendría seguir con un modelo como *el Estado legislativo de derecho*.

Se originaron posiciones teóricas que planteaban nuevos criterios -como el axiológico-, que permitieran garantizar una sociedad justa y democrática. Dentro de dichas posturas resalta una en especial, la de Radbruch quien postula que el derecho extremadamente injusto no es derecho.<sup>6</sup> Este argumento se presentó como límite al derecho del Estado y fue utilizado en distintas sentencias del Tribunal Constitucional Alemán.<sup>7</sup>

Así, se dio un cambio progresivo de los sistemas jurídicos al que se le suele denominar *constitucionalización*,<sup>8</sup> caracterizado por poseer una constitución invasora, capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos al igual que las relaciones sociales.<sup>9</sup>

Esto significa que la constitución permea, pero ¿cómo puede permear si la constitución sólo habla de un mínimo de temas (aun en el caso de constituciones tan extensas como la mexicana)? Se dice que la Constitución *permea* por la existencia de los principios que son *mandatos de optimización*,<sup>10</sup> que al carecer de un antecedente y un

---

<sup>6</sup> Atria citando a Gustav Radbruch: “por medio de dos principios supo el nacionalsocialismo aherrojar a sus seguidores, por una parte a los soldados y por otra parte a los juristas: ‘órdenes son ordenes’ y ‘la ley es la ley’ [...] el principio ‘la ley es la ley’ no conocía [...] limitación alguna”. Era la expresión del pensamiento jurídico positivista, que dominó durante varios decenios, casi sin ser contradicho, a los juristas alemanes”. Atria, Fernand “La ironía del positivismo jurídico”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 27, 2004, p. 129. Disponible en: [file:///Users/dulce/Downloads/la-irona-del-positivismo-juridico-0%20\(1\).pdf](file:///Users/dulce/Downloads/la-irona-del-positivismo-juridico-0%20(1).pdf). Fecha de consulta 30 de mayo de 2019.

<sup>7</sup> Es el caso de las sentencias dictadas sobre los centinelas del muro: la primera en noviembre de 1992, en la que el Tribunal Supremo Federal afirmó la punibilidad de los guardias fronterizos. Posteriormente, en 1994, el Tribunal resolvió que también altos funcionarios de la República Democrática Alemana debían responder penalmente por los homicidios en la frontera, determinando su culpabilidad como autores mediatos de homicidio. Y finalmente, en 1996, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal declaró que dicha jurisprudencia era acorde con la Constitución. Alexy, Robert “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín” en *Doxa*, n.º 23, 2000, trad. Oliver-Lalana, Ángel Daniel. pp. 197-230. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2000.23.08>. Fecha de consulta 30 de enero de 2020.

<sup>8</sup> Atienza Rodríguez, Manuel, “Constitución y argumentación”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 24, 2007, pág. 199. Disponible en: <file:///Users/dulce/Downloads/Dialnet-ConstitucionYArgumentacion-2769946.pdf>. Fecha de consulta 30 de mayo de 2019.

<sup>9</sup> Guastini Ricardo “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. *Op cit*, p. 49.

<sup>10</sup> De acuerdo con Luis Prieto Sanchís, los mandatos de optimización, se caracterizan, no por la nota de la incondicionalidad sino por la particular fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir una cierta

consecuente, pueden ordenar que se haga algo más, en la medida de lo posible. Si esto es así, entonces los principios son como la luz del foco, van a iluminar hasta donde se topen con pared.

Este tipo de constituciones densas, como se les suele llamar, a diferencia de las constituciones modernas (que tenían como objetivo la limitación del gobierno arbitrario) buscan representar no sólo el orden institucional, sino también la *reivindicación de la igualdad y de la dignidad humana*.

Estas constituciones hacen alusión a un constitucionalismo fuerte, cuya ideología es la necesidad de una constitución que no sólo limite el poder gubernamental, sino que también garantice los derechos y las libertades fundamentales de las personas.<sup>11</sup> Al respecto Pozzolo advierte: “[s]obre [...] este fundamento institucional e ideológico se construyen las constituciones densas del siglo veinte, que aparecen también simbólicamente después [...] de una fractura, reafirmando el ideal de los derechos y las formas democráticas contra la crisis que convulsionó la primera parte del siglo”.<sup>12</sup>

## II. CONDICIONES DE CONSTITUCIONALIZACIÓN

Sobre las condiciones necesarias para que un ordenamiento pueda considerarse en proceso de constitucionalización Guastini destaca tres.<sup>13</sup>

La primera de ellas presupone la *fuerza vinculante de la constitución o su eficacia normativa* (inmediata y directa),<sup>14</sup> en ese sentido, la constitución debe de ser vista como un conjunto de normas vinculantes, susceptible de producir efectos jurídicos y de significar una práctica social que reconozca como inválidas aquellas normas o actos que vulneren lo establecido en el texto constitucional. Esto implica dejar de lado aquellas concepciones (presentes, sobre todo en el constitucionalismo clásico) que entendían a la constitución como un manifiesto político, que se concretizaba de manera exclusiva por el

---

conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida. Prieto Sanchís, Luis “La racionalidad de la ponderación”, en Carbonell, Miguel (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, p. 90.

<sup>11</sup> Comanducci, Paolo “Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2009. p. 77.

<sup>12</sup> Pozzolo, Susanna, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”. *Op cit*, p. 23.

<sup>13</sup> Cfr. Guastini, Ricardo. *Interpretación, Estado y Constitución*. Ara Editores, Lima, Perú. 2010. También refiere sobre condiciones contingentes: la sobreinterpretación de la constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, interpretación conforme de las leyes y la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.

<sup>14</sup> Al efecto, García de Enterría sostiene que “la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*” García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 2001, p. 49.

legislador, en tanto que los jueces sólo podían aplicar las normas ordinarias, no así las de rango constitucional.

La segunda es que la constitución sea rígida. Dada la importancia de la norma fundamental, resulta patente que ésta deba contar con ciertos instrumentos que la protejan.

De manera que la rigidez constitucional se presenta como una garantía que resguarda su contenido,<sup>15</sup> eliminando la posibilidad de cambios arbitrarios por parte del poder reformador. Esto supone que la constitución debe estar escrita y que las normas constitucionales no puedan ser modificadas, derogadas o abrogadas sino mediante un procedimiento especial de revisión constitucional, mayormente complejo en relación al procedimiento de formación de leyes.

Al respecto, Guastini enfatiza que el proceso de constitucionalización se acentúa en aquellos ordenamientos en los que existen principios constitucionales formulados de manera expresa o implícita que no pueden ser modificados en modo alguno ni siquiera mediante reforma constitucional, lo que se ha denominado en la doctrina como *principios inmutables* o la re-materialización de la constitución, en la que a un lado de las normas formales de competencia o procedimiento que regulan el ejercicio de los poderes y la relación entre ellos se incorporan normas sustantivas, que proceden directamente de la moral. Sobre este punto, Barberis afirma que el rasgo distintivo del neoconstitucionalismo respecto del iuspositivismo y el iusnaturalismo, es el planteamiento de que el derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, ya que admite principios comunes de ambos.<sup>16</sup> En la misma línea es el pronunciamiento que hace Pozzolo cuando afirma que los principios son elementales a nivel interpretativo y justificativo ya que posibilitan un puente del discurso jurídico al planteamiento moral.<sup>17</sup> Siendo este último el que justifica la observancia o aplicación del derecho. La norma moral es aceptada en razón de su contenido y no por su origen.

La tercera condición es lo que se conoce como *garantía jurisdiccional de la constitución*. Si bien la rigidez constitucional puede estar formalmente establecida, ésta sólo puede asegurarse mediante algún tipo de control sobre la conformidad de las leyes con la constitución incluso, podría afirmarse que si la constitución no posee una garantía jurisdiccional, no cuenta con verdadera rigidez.

---

<sup>15</sup> Guerra Coronel, Marcelo “Carta Magna y rigidez constitucional: una mirada desde el nuevo constitucionalismo andino”, en *Carta magna y nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Ruptura o continuismo?*, Corporación Editora Nacional, Ecuador, 2017, p. 66. Disponible en: [http://www.bidi.uam.mx:9004/#WW/search/\\*/Reflexiones+entorno+al+neoconstitucionalismo/WW/vid/522117502](http://www.bidi.uam.mx:9004/#WW/search/*/Reflexiones+entorno+al+neoconstitucionalismo/WW/vid/522117502). Fecha de consulta 02 de junio de 2019.

<sup>16</sup> Barberis, Mauro. *Op cit*, p. 265.

<sup>17</sup> Pozzolo, Susana “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional” *Op cit*, p. 343.

El juez constitucional cobra una importancia tal en el ámbito jurídico nacional, debido al papel que asume, pues los preceptos constitucionales lo convierten en el garante de los derechos fundamentales aun frente al legislador, a través de la invalidación de leyes y de cualquier acto que pudiere violar dichos derechos.

Al reflexionar sobre las condiciones de constitucionalización que señala Guastini, es posible advertir que la rigidez constitucional y su garantía jurisdiccional pueden generar un dilema.<sup>18</sup> Por un lado, presupone una cierta fractura a la igualdad democrática, ya que serían las generaciones pasadas las que estarían decidiendo sobre las actuales, lo cual resulta contrario a la idea de que la acción política racional está orientada hacia el futuro y, por otro lado, si determinados contenidos no fueran excluidos del debate público, éstos podrían quedar a merced de lo que decidieran las mayorías.

El dilema planteado conlleva a un estudio obligado sobre los límites de las decisiones democráticas y en consecuencia a reconocer la existencia de una tensión entre constitucionalismo y democracia, tal como se expone en la siguiente sección.

### III. LA TENSIÓN ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

Existe una tensión entre constitucionalismo y democracia. Mientras que para algunos el hecho de haber retirado ciertos temas del alcance de la mayorías y haberlos establecido como principios inmutables en el tiempo hace de la constitución una institución jurídica esencialmente antidemocrática, para otros, la democracia es una amenaza, porque consideran que los ciudadanos tienen poco dominio de sí mismos, por lo que tienden a sacrificar los principios perdurables en aras de placeres y beneficios inmediatos.

Es posible advertir el desarrollo de esta última postura bajo el título de *precompromiso* o *autorestricción*, cuya argumentación gira en torno a la defensa de una democracia constitucionalmente limitada, en contraposición de lo que algunos doctrinarios han llamado *el gobierno de los muertos sobre los vivos*, con la prohibición de comprometer el futuro de las generaciones venideras.

---

<sup>18</sup> En relación a esta idea, Pablo de Lora, invita a considerar que cuando el defensor de la justicia constitucional recurre a la protección de las minorías para justificar su actuación, parece que asume dos premisas (dudosas): 1. Las mayorías poseen un carácter potencialmente peligroso y 2. Se alude a ejemplos trágicos en la historia europea, afirmando que de haber existido un defensor de la constitución se hubieran evitado resultados desastrosos. Esto es -dice Lora- mucho suponer, pues en algunos Estados (latinoamericanos, por ejemplo) que cuentan con tribunales constitucionales, resulta difícil afirmar que las minorías son totalmente respetadas. Lora, Pablo "Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella 'La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder Judicial'. Ariel, Barcelona, 1996", en *Anuario de filosofía del derecho*, XII, 1996, pp. 379-380. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142359> Fecha de consulta 02 de junio de 2019.

En seguida, una revisitación a ambas posturas, analizando los argumentos que se han vertido al respecto.

El constitucionalismo visto como esencialmente antidemocrático, podría encontrarse en varios de los argumentos formulados por los republicanos, cuando insistían en que una generación fundadora no debía de condicionar a sus sucesores con un esquema constitucional fijo.

La lógica de esos planteamientos se centraba en afirmar que si la constitución es suprema porque es la voluntad del pueblo soberano, entonces no habría motivos para impedir (según Paine y Jefferson) a dicho pueblo que revisara de manera continua y periódica la constitución, al menos una vez cada generación.<sup>19</sup>

Así, la democracia es vista como una regla de la vida, una lucha contra el pasado, por lo que las generaciones actuales contaban con un derecho ilimitado e ilimitable de modificar las instituciones en atención a sus propias circunstancias. De ahí la afirmación que hace Jefferson en una de sus cartas a Madison: *la tierra pertenece a los vivos*.<sup>20</sup> De manera que no podía limitarse el despliegue de la vida de las futuras generaciones mediante la imposición de *una constitución perpetua*, de frente a los retos de cada momento histórico y la autonomía política y moral de aquellas.

En contraste con esta postura destacan las razones esgrimidas por Hooker al señalar que las decisiones de los predecesores sí obligan a la generación actual porque muertos y vivos constituyen un mismo pueblo. Además de que una generación sólo puede obligar a otra cuando algún hombre ha adquirido de ésta algún derecho. De igual forma, Madison justifica la complejidad del proceso de enmienda no como una forma de permanencia absoluta de las normas constitucionales sino como una permanencia relativa, a través de metalimitaciones incrustadas en la propia constitución. Se trata de reglas que obligan a cada mayoría a exponerse a la crítica y a la revisión de sus decisiones y al mismo tiempo limitan la capacidad de las generaciones a robar opciones significativas para sus sucesoras.<sup>21</sup>

De manera más reciente, Elster ha sostenido que el precompromiso (individual)<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Martínez Neira, Manuel, reimpr. 2007, Trotta, Madrid. p. 111.

<sup>20</sup> Máiz, Ramón "Naturaleza, Nación y República Federal: El excepcionalismo norteamericano de Thomas Jefferson", en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 162, octubre-diciembre, Madrid, 2013, pág. 20.

<sup>21</sup> Holmes, Stephen "El precompromiso y la paradoja de la democracia" en Elster, Jon y Slagstad, Rune (Comps.) *Constitucionalismo y democracia*. FCE, México, 1999, p. 46.

<sup>22</sup> En relación a esta idea, Elster pone de ejemplo la figura del matrimonio y se pregunta, ¿por qué dos personas querrían constituir un matrimonio legal, en lugar de sencillamente cohabitar? la respuesta, vista desde el precompromiso es que a través de la elevación del costo de la disolución del matrimonio y sus demoras legales, resulta más complejo que los cónyuges cedan a impulsos poderosos, pero también

surge cuando una persona actúa en un momento determinado para asegurarse que en un momento posterior realizará un acto que muy probablemente no hubiera realizado sin ese acto previo. En ese sentido, el precompromiso requiere una acción observable (no una mera resolución mental) con efectos en el exterior.

El precompromiso también puede verse desde la colectividad. El mejor ejemplo son las constituciones escritas, las cuales prevén mecanismos complejos para modificar la propia constitución en comparación con la legislación ordinaria, así, la comunidad política puede evitar desviarse y ceder ante intereses partidistas y pasiones momentáneas. Esto, dicho sea de paso, denota la institucionalización de la desconfianza. Los hombres son considerados *bribones* (agentes que buscan la satisfacción de su propio interés personal),<sup>23</sup> pues aquellos que tienen el poder en sus manos no lo abandonarían mientras puedan retenerlo.

Al efecto, Elster ejemplifica esa desconfianza en el modelo de ingeniería constitucional presente en un gran número de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, el cual contempla diversos obstáculos para el gobierno, con distintos objetivos, tales como evitar la manipulación del sistema electoral o la política monetaria, para impedir que las restricciones constitucionales sean modificadas o simplemente ignoradas, entre otras muchas cosas.

Las posturas anteriores dan cuenta de la tensión existente entre democracia y constitucionalismo, la cual encuentra sus orígenes en el inicio del propio constitucionalismo y es patente que la misma continuará.

Como solución a este dilema, Aguiló propone lo siguiente:

La síntesis armónica [de la tensión democracia-constitucionalismo] sólo puede expresarse mediante nociones inestables y dialécticas como la de 'continuidad de una práctica' que permita eliminar los términos indeseables, por un lado, de sometimiento al pasado y, por otro, de ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos). [...] [L]a solución hay que buscarla apuntando hacia las exigencias deliberativas y argumentativas y el

---

temporales, por separarse; así, al aumentar la probable duración de la relación el matrimonio se incrementan los incentivos de tomar decisiones a largo plazo como invertir en una vivienda, tener hijos, etc. Elster, Jon. "Introducción" *Ibidem*, pp. 34-41.

<sup>23</sup> LeGrand, Julian "¿Caballeros, picaros o subordinados? Comportamiento humano y política social", en *Desarrollo Económico*, vol. 38, n.º 151, 1998, p. 731. Disponible en: [http://americo.usal.es/iberoame/sites/default/files/le\\_grand\\_caballeros\\_picaros.pdf](http://americo.usal.es/iberoame/sites/default/files/le_grand_caballeros_picaros.pdf) Fecha de acceso 01 de junio de 2019.

desarrollo de las actitudes adecuadas.<sup>24</sup>

Bajo la premisa anterior, es necesario que el contenido de las normas constitucionales y derechos varíe a lo largo del tiempo, lo cual sería factible mediante el desarrollo de juicios de ponderación y la interpretación de expresiones abstractas, logrando de esta manera la unión de distintas generaciones bajo los mismos principios de justicia.

Ahora bien, la propuesta de Aguiló para terminar con la tensión señalada implica que sean los jueces los encargados de lograr un equilibrio entre ambas posturas, empero, de igual forma la actuación de los jueces desde hace mucho tiempo ha sido criticada por la fuerza contramayoritaria que representan, -lo que de manera indirecta hace una remisión precisamente a la tensión entre constitucionalismo y democracia-.

#### IV. EL JUEZ, UN PODER CONTRAMAYORITARIO

¿Por qué los jueces, quienes no son responsables electoralmente, deciden sobre el carácter definitivo de los derechos de las personas?

A propósito de esta interrogante, la justificación clásica del control constitucional a cargo del poder judicial, es posible encontrarla, de acuerdo con Gargarella en la convergencia de dos posturas presentes en el pensamiento norteamericano del período colonial: el elitismo y el conservadurismo, cuya principal característica era la desconfianza en las mayorías.<sup>25</sup>

Dicha desconfianza tendría sus orígenes en el incremento del poder asambleario local (al término de la guerra de independencia de las trece colonias) controlado por un enorme grupo de deudores unidos, lo cual generaba un gran riesgo para la clase dirigente pre-revolucionaria (conformada por acreedores y propietarios).

Los conservadores y elitistas propugnaban porque en la toma de decisiones políticas no se consultara a todos los individuos que las mismas involucraban. Incluso, se predicaba que consultar a todas las personas, era contraproducente, pues sólo la reflexión de ciertos individuos, virtuosos y cultos, podía garantizar la toma de buenas decisiones. Por su parte, los radicales populistas afirmaban que un poder que no se sometía al

---

<sup>24</sup> Aguiló Regla, Josep "Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución", *conferencia leída en el II Congreso Internacional de Derecho y Sociedad en el Estado Constitucional*, Universidad de Caldas Manizales, Colombia, 31 de octubre a 2 de noviembre del 2007, en *Jurídicas*, vol. 5, n.º 1, enero-junio, 2008, p. 20. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1290/129016876002.pdf>. (Último acceso: 01 de junio de 2019).

<sup>25</sup> Pablo de Lora. *Op cit*, p. 373.

examen popular, acabaría por encima de la decisión mayoritaria, por lo que la determinación de soluciones imparciales implicaba necesariamente una consulta y el consenso de aquellos en los que repercutiría.

La solución que se adoptó para diluir la confrontación entre ambas posturas fue el establecimiento de pesos y contrapesos entre los poderes del Estado. Evitando así que la concentración de intereses de una mayoría pudiera implicar atropellos a los derechos de las minorías.

Lo anterior se suma a la idea de primacía de la constitución, como presupuesto principal del argumento a favor del control de constitucionalidad. Los razonamientos esgrimidos en el célebre caso *Marbury v. Madison* por el *Chief Justice* Marshall,<sup>26</sup> hacen patente esa idea.

Los argumentos sobre la conveniencia de contar con un poder judicial fueron escritos por uno de los padres fundadores en el *Federalista n.º 78*.<sup>27</sup> En este documento, Hamilton describió al departamento judicial como el menos peligroso para la Constitución, y al mismo tiempo, el más débil de los tres poderes, pues al no tener ninguna influencia en las armas, ni en el dinero, (como sí ocurre con el Ejecutivo y el Legislativo, respectivamente), solamente cuenta con su voluntad de discernimiento.

De manera que la facultad de los tribunales de declarar nulos los actos de la legislatura que fuesen contrarios a la Constitución no significaba que el poder judicial fuese superior al legislativo. Más bien, la función de los jueces es fungir como instrumentos de la Constitución, la cual se sirve de ellos con el propósito de reafirmar la superioridad de la ley fundamental sobre las leyes ordinarias.

En ese sentido, dicha facultad atiende a la racionalidad de que todo acto de una autoridad delegada que sea contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Afirmar lo contrario, sería tanto como sostener que el mandatario es superior al mandante y que los representantes del pueblo son superiores al pueblo

---

<sup>26</sup> “[...] hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la constitución es la ley suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la constitución no es ley; si en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por la naturaleza.” Nino, Carlos S “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 4, septiembre-diciembre, 1989. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1049078>. Fecha de consulta 30 de mayo de 2019.

<sup>27</sup> Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. *El Federalista*. Trad. de Gustavo R. Velasco, 2ª ed. FCE, México, 2001, pp. 330-333.

mismo. Los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad (entre otras) de mantener a ésta dentro los límites de sus facultades, por lo que si una ley contraviene la constitución, es deber de los tribunales apearse a esta última.

Una vez apuntados los argumentos que justifican el control constitucional por parte del poder judicial es posible pasar al estudio del argumento contramayoritario.

En términos generales, el argumento contramayoritario implica un descontento provocado por el hecho de que los jueces, personas que no son elegidas de manera representativa por la ciudadanía, *tengan la facultad de decidir sobre los derechos de las personas*, derechos 'creados' por los legisladores, quienes sí fueron elegidos mediante el voto popular, no así en cuanto a los jueces, quienes no tienen ningún tipo de responsabilidad frente al electorado.

Si bien los jueces no responden electoralmente ante la ciudadanía, el argumento contramayoritario soslaya, que aunque las elecciones son el producto final de la selección democrática, no son la democracia como tal.<sup>28</sup> Por lo que el reto de los jueces, en especial de los jueces constitucionales, ha de ser asegurar que la primera elección no sea la última, siendo este un riesgo que se potencializa sobre todo en las sociedades en las que existe una consolidación excesiva del poder democrático por un partido o partidos dominantes.

En ese sentido, tal como lo afirma el ex Presidente de la Corte Suprema de Israel, Aharon Barak,<sup>29</sup> una de las funciones del Juez en democracia es *proteger la Constitución*, así como a la democracia misma.

De igual forma, resulta conveniente recordar, que ahí donde la competencia política falla o se retrasa, los tribunales constitucionales son muchas veces el único actor institucional capaz de hacer frente a la consolidación del poder, son el medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia, un instrumento que permite hacer frente a las decisiones de la mayoría, garantizando así el pluralismo,<sup>30</sup> y con ello, la protección de los derechos de las minorías.

De esta manera, el Juez, al ser el garante de los derechos fundamentales,<sup>31</sup> crea su propio fundamento que le otorga la legitimidad de la jurisdicción y de la independencia

---

<sup>28</sup> Issacharoff, Samuel. "La revisión judicial en tiempos difíciles: Estabilizando la democracia en un segundo mejor mundo", en Niembro, R, Verdugo, S (Coords.) *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2019, págs. 105-109.

<sup>29</sup> Barak, Aharon. *Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*. Trad. Vela Barba, Estefanía, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 13-17.

<sup>30</sup> Hesse, Konrad y Häberle, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Porrúa, México, 2005, p. 45.

<sup>31</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999, pp. 25-27.

del poder judicial respecto de los demás poderes.

Asimismo, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho, distinto a lo que pasaba en el constitucionalismo clásico, sin embargo *no son los señores del derecho*,<sup>32</sup> en el mismo sentido que lo era el legislador, son, más bien, *los garantes de la compleja estructura del derecho*: que implica la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia.

## V. CONCLUSIÓN

El neoconstitucionalismo es una etiqueta que se construyó en la Universidad de Génova, por los profesores Comanducci, Pozzolo y Guastini, como una manera de hacer referencia a una nueva forma de aproximarse al derecho que no se identificaba con el positivismo jurídico pero tampoco con el iusnaturalismo, el neoconstitucionalismo compartía, sin embargo, rasgos de ambos. Materialmente es posible sostener que este concepto tuvo lugar después de la Segunda Guerra Mundial.

Con este nuevo paradigma del derecho (aún cuando esta afirmación sea ampliamente criticable), surgió un fenómeno llamado *constitucionalización*, caracterizado por poseer una constitución invasora, capaz de condicionar desde la legislación hasta la acción de los actores políticos y las relaciones sociales. Sin embargo, hay ordenamientos jurídicos que pudieran considerarse más constitucionalizados que otros en razón de la fuerza vinculante de la constitución o de su eficacia normativa, de la rigidez constitucional y la garantía jurisdiccional de la constitución.

Sin embargo, dichas características o condiciones generan una tensión entre democracia y constitucionalismo. Se trata de un debate que existe desde el inicio del constitucionalismo clásico. En ese sentido, ha habido voces que defienden el precompromiso constitucional, como una manera de detener y proteger a la democracia en contraste con los posicionamientos que consideran que de manera ilegítima el precompromiso no permite a las generaciones futuras decidir conforme a sus propias aspiraciones y necesidades, sino sujetándose a lo dicho por generaciones ulteriores, de manera que conciben al constitucionalismo esencialmente antidemocrático.

Sobre esta disyuntiva Aguiló propone una variación del contenido de las normas constitucionales y derechos a lo largo del tiempo, a través de juicios de interpretación y de ponderación, logrando de esta forma un vínculo entre distintas generaciones bajo los mismos principios de justicia. Siendo los encargados de diluir dicha tensión los Jueces. Empero, ellos representan de igual forma una tensión entre constitucionalismo y

---

<sup>32</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trotta, Madrid, 2016, p. 150.

democracia, que se conceptualiza con el argumento contramayoritario, el cual critica y se opone a que sean los Jueces quienes tengan la última palabra sobre los derechos de las personas, cuando estos no fueron elegidos de manera representativa y por ende no responden ante un electorado.

Esto parece la entrada a un bucle del que resulta difícil salir, no obstante, han tenido que ser los propios jueces, los que a través de acciones patentes en defensa de la propia democracia, han *corregido los excesos de ésta*, salvaguardando los derechos de las minorías cuando las mayorías son aplastantes. Así, en la mayoría de casos, han demostrado que a pesar de no ser elegidos democráticamente, sí protegen la esencia de la democracia misma, la cual, dicho sea de paso, tiene su propia moral interna, basada en la dignidad e igualdad de todos los seres humanos.

Pero, incluso bajo el mismo razonamiento de que los jueces no son políticamente responsables ante un electorado, este argumento podría funcionar a la inversa, pues ser así, podrán actuar con un grado más de objetividad, toda vez que no resolverían los conflictos que se les presenten atendiendo a los intereses de quienes los eligieron. Lo que constituye parte del núcleo de la independencia judicial.

## VI. REFERENCIAS

### Bibliográficas

Barak, Aharon. *Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*. Trad. Vela Barba, Estefanía, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

Comanducci, Paolo “Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2009.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999

Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Martínez Neira, Manuel, reimpr. 2007, Trotta, Madrid.

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 2001.

Guastini, Ricardo. *Interpretación, Estado y Constitución*. Ara Editores, Lima, Perú. 2010.

Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. *El Federalista*. Trad. de Gustavo R. Velasco, 2ª ed. FCE, México, 2001.

Hesse, Konrad y Häberle, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Porrúa, México, 2005.

Holmes, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la democracia” en Elster, Jon y Slagstad, Rune (Comps.) *Constitucionalismo y democracia*. FCE, México, 1999.

Issacharoff, Samuel. “La revisión judicial en tiempos difíciles: Estabilizando la democracia en un segundo mejor mundo”, en Niembro, R, Verdugo, S (Coords.) *La justicia*

*constitucional en tiempos de cambio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2019.

LeGrand, Julian “¿Caballeros, picaros o subordinados? Comportamiento humano y política social”, en *Desarrollo Económico*, vol. 38, n.º 151, 1998.

Pozzolo, Susanna, (ed.) *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*. Palestra Editores, Lima, 2011.

Prieto Sanchís, Luis “La racionalidad de la ponderación”, en Carbonell, Miguel (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008.

Romero Martínez, Juan Manuel. “El neoconstitucionalismo y los principios en el derecho”, en *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*. IJ-UNAM, México, 2015.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trotta, Madrid, 2016.

### Hemerográficas

Alexy, Robert “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín” en *Doxa*, n.º 23, 2000, trad. Oliver-Lalana, Ángel Daniel.

Atria, Fernand “La ironía del positivismo jurídico”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 27, 2004.

Guerra Coronel, Marcelo “Carta Magna y rigidez constitucional: una mirada desde el nuevo constitucionalismo andino”, en *Carta magna y nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Ruptura o continuismo?*, Corporación Editora Nacional, Ecuador, 2017.

Lora, Pablo “Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella ‘La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder Judicial’. Ariel, Barcelona, 1996”, en *Anuario de filosofía del derecho*, XII, 1996.

Máiz, Ramón “Naturaleza, Nación y República Federal: El excepcionalismo norteamericano de Thomas Jefferson”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 162, octubre-diciembre, Madrid, 2013.

Nino, Carlos S “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 4, septiembre-diciembre, 1989.

Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, n.º 44, 2010.

### Otros documentos relevantes

Aguiló Regla, Josep “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución”, *Conferencia dictada en el II Congreso Internacional de Derecho y Sociedad en el Estado Constitucional*, Universidad de Caldas Manizales, Colombia, 31 de octubre a 2 de noviembre del 2007, en *Jurídicas*, vol. 5, n.º 1, enero-junio, 2008.

## ELOGIO DE LA TEORÍA: EL PAPEL DE LOS JUECES EN LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

IN PRAISE OF THEORY: THE ROLE OF JUDGES IN DELIBERATIVE DEMOCRACY

Jean-Yves Chérot\*

**RESUMEN.** Este documento tiene objetivo destacar la importancia de la relación entre la actividad de los jueces y la sociedad en el contexto de la democracia deliberativa moderna. Por una parte, en las sociedades democráticas actuales marcadas por el *desacuerdo razonable*, los jueces constitucionales hacen las veces de mediadores entre diferentes posturas antagónicas. Por otra parte, un presupuesto de la actividad judicial es la aceptación voluntaria de la fuerza vinculante de los fallos judiciales por la sociedad. Este artículo busca también presentar la discusión entre Posner, Sunstein y Dworkin a fin de determinar los tipos de responsabilidades que tienen los jueces en las democracias contemporáneas. El autor del texto toma como base epistemológica para desarrollar sus ideas las propuestas de John Rawls y Ronald Dworkin.

**PALABRAS CLAVE.** Democracia deliberativa, John Rawls, Ronald Dworkin.

**ABSTRACT.** This article aims to highlight the importance of the relationship between the role of judges and society in the context of modern deliberative democracy. On one hand, in today's democratic societies marked by reasonable disagreement, constitutional judges act as mediators between antagonistic standpoints. On the other hand, a presupposition of judicial activity is the voluntary acceptance of the binding force of judicial decisions by society. Likewise, this article seeks to present the discussion among Posner, Sunstein and Dworkin in order to determine the types of responsibilities that judges have in contemporary democracies. The author epistemological basis is the ideas of John Rawls and Ronald Dworkin.

**KEYWORDS.** Deliberative democracy, John Rawls, Ronald Dworkin.

**Fecha de recepción:** 30 de mayo de 2020.

**Fecha de aceptación:** 11 de agosto de 2020.

---

\* Profesor emérito en Aix Marseille Université, France. Laboratoire de théorie du droit (LTD). Contacto: [j-y.cherot@univ-amu.fr](mailto:j-y.cherot@univ-amu.fr) Publicado originalmente como “Éloge de la théorie” en *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 30, Revue de la recherche juridique 2016-5, pp. 1891-1907. Traducción del francés al español por Augusto Fernando Carrillo Salgado, Licenciado y Maestro en Derecho por la UNAM. ORCID iD: 0000-0001-6107-4917. El traductor dedica este documento a Don Eduardo Jiménez Díaz Barriga, traductor oficial de la Embajada de Francia en México y Profesor de la UNAM.

**SUMARIO.** I. Introducción; II. El desacuerdo razonable como presupuesto de la actividad de los jueces en el contexto de la democracia deliberativa; III. Relevancia de la función judicial en la democracia deliberativa: el método del derecho como integridad; IV. Responsabilidades de los Jueces en el contexto de la democracia deliberativa moderna, 1. La distinción entre jurisdicción y adjudicación, 2. Distinción entre el contexto de justificación y el contexto de legitimación, 3. Sobre la naturaleza de la argumentación jurídica; V. A manera de conclusión: algunas reflexiones sobre el papel de los jueces en la comunidad política; VI. Referencias.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Podemos defender la idea que las interpretaciones judiciales implican abordar temas de justicia; asimismo que el debate sobre estos valores y la interpretación de los derechos que los institucionalizan es necesario para justificar la solución adoptada en un caso particular. La discusión en torno a los temas de moral y justicia naturalmente puede ser llevada ante los jueces con motivo de una controversia jurídica.

Cuando los jueces se enfrentan a estos temas polémicos sobre la moralidad política, ellos se encaran también al controvertido problema del alcance de su responsabilidad; de manera particular sobre el control que pueden ejercer respecto a las apreciaciones realizadas por el legislador, las posibilidades conferidas por la ponderación de principios respecto al control de proporcionalidad, al margen de apreciación que es conveniente dejar al legislador, y, en el caso de las jurisdicciones internacionales, a los Estados.<sup>1</sup>

De tal suerte que, al final, el debate sobre la justicia y la moralidad de las resoluciones dictadas por los jueces en una sociedad plural se centra o debe centrarse en dos aspectos. Nos falta distinguir de manera analítica aquello que es (i) el razonamiento y la argumentación jurídica, y (ii) la responsabilidad que puede atribuirse a los jueces.

## **II. EL DESACUERDO RAZONABLE COMO PRESUPUESTO DE LA ACTIVIDAD DE LOS JUECES EN EL CONTEXTO DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

Retomemos el análisis con un poco más de calma. Los temas que se han evocado adquieren una dimensión mayor en las sociedades o democracias plurales. En estas democracias reina el “hecho del desacuerdo” que está tan presente como el “hecho del

---

<sup>1</sup> Ver el razonamiento de la Corte de casación sobre el tema del reconocimiento de un sexo neutro, Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 4 mai 2017, D.c. procureur général près la cour d’appel d’Orléans.

pluralismo”,<sup>2</sup> al igual que el “hecho del pluralismo razonable”,<sup>3</sup> o aún como el “hecho de la diversidad”.<sup>4</sup>

Tomar en consideración el “hecho del desacuerdo” y, más aún, “del desacuerdo razonable” se inscribe en el paradigma del pensamiento de Rawls, quien expresa el tránsito de una aproximación puramente conceptual de la búsqueda de la justicia (a través del velo de la ignorancia) en su célebre *Theory of Justice* de 1971, a una aproximación de filosofía política y moral más orientada hacia los hechos políticos, menos desencarnada y en la cual Rawls no solamente admite que puede haber concepciones diferentes sobre el bien sino que también concepciones distintas y razonables sobre la justicia en donde se requiere el contexto empírico y normativo de estos desacuerdos para que puedan ser tratados y, si bien no superados, cuando menos dar lugar a decisiones aceptables para cada uno; este razonamiento lo condujo a participar en el movimiento de la “democracia deliberativa”, que tendrá una gran importancia en la teoría de la democracia a partir de los años 90.

El tránsito -iniciado por un discípulo de Rawls-, Cohen, entre “el hecho del pluralismo” y el “hecho del pluralismo razonable” tiene, en consecuencia, una gran importancia como lo hace notar Landermore.<sup>5</sup> Si el desacuerdo es razonable, *a mínima*, significa que las partes en disputa buscan informarse sobre las opiniones tanto de unos como de otros y que ellas argumentan a partir de principios y no de sus intereses.

Lo razonable deriva de una primera virtud, en primer término, una disposición de ofrecer principios o pautas como condiciones equitativas de la cooperación y; posteriormente, una segunda virtud, aquella de respetar estos principios en virtud de la certeza que los demás también los respetarán. Lo razonable, a diferencia de lo racional, es una “noción intersubjetiva”,<sup>6</sup> que implica la reciprocidad y la voluntad de justificar sus razones a los otros. En la definición de una persona razonable, falta agregar de acuerdo con Rawls “que ella reconoce las dificultades de juzgar (*burden of judgements* o *burden of reasons*) y acepta sus consecuencias.”

Landermore subraya que Rawls:

[...] asimila el papel de lo razonable como un patrón equivalente a la

---

<sup>2</sup> Rawls, J. “The Domain of the Political and Overlapping Consensus”, en D. Coop, J. Hampton, J. Roemer (eds) *The idea of Democracy*. CUP, 1993.

<sup>3</sup> Cohen J. “Procedure and Substance in Deliberative Democracy”, en J. Bohman y W. Regh. *Deliberative Democracy*. The MIT Press, 1997, p. 407 y ss.

<sup>4</sup> Ver Knight, J, Johnson, J. *The Priority of Democracy*. Princeton UP, 2011.

<sup>5</sup> Ver Landermore, H. “Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy”, 2006, *Journal of Social Epistemology*, 2017.

<sup>6</sup> Landermore, H, *ibídem*.

verdad en una aproximación constructivista. Sin embargo, él insiste en el hecho que lo razonable no tiene nada que ver con la verdad. A diferencia del intuicionismo racional, el constructivismo político ni utiliza ni niega el concepto de verdad.<sup>7</sup>

De esta forma la democracia puede ser una simple democracia procedimental, pero a condición de comprenderla como una democracia deliberativa o de principios y valores también implícitos en el reconocimiento de la libertad de voto y participación (reciprocidad, modestia en aquello que las personas creen no equivocarse sin por ello ser escépticos, etc.). En una democracia deliberativa como tal, los parlamentos o las legislaturas no son los únicos foros para los principios, la prensa y los medios de comunicación, las escuelas de derecho, sobre todo los tribunales de justicia son también o pueden ser también tales foros.<sup>8</sup>

Es en este contexto que nos situamos para analizar las propuestas de Dworkin, considerando también aquellos planteamientos realizados sobre el particular por Rawls,<sup>9</sup> acerca del papel del juez en una democracia en donde los tribunales pueden ser un “foro” para los principios en un contexto polémico sobre los temas de justicia. Además, nos gustaría traer de nueva cuenta el llamado de Dworkin a un “elogio de la teoría” en la argumentación en derecho, como una suerte de las cualidades de una teoría basada en principios en la argumentación y razonamiento jurídico.

Dworkin propone que el pueblo se someta a las decisiones de los jueces. Sin embargo, esta afirmación ha contribuido a preguntarse cómo los jueces pueden insertarse en la democracia y por ello él mismo ha cooperado -aunque sea modestamente-, a la *teoría de la democracia deliberativa en el contexto de una democracia constitucional*. Dworkin pone en evidencia el papel pedagógico de los tribunales de justicia en beneficio de una democracia deliberativa a la medida; los límites de la capacidad de las legislaturas a deliberar en tanto foro de principios, y el respeto de la supremacía legislativa.

### III. RELEVANCIA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: EL MÉTODO DEL DERECHO COMO INTEGRIDAD

El título de esta comunicación recupera el de un artículo publicado por Dworkin en 1977 en el *Arizona State Law Journal*, en el que hace frente a aquello que él llama las tesis antiteóricas de Posner y Sunstein.<sup>10</sup> De acuerdo con Dworkin, la finalidad principal de su

---

<sup>7</sup> Landermore, H, *ibídem*.

<sup>8</sup> Ver también el lugar que Rawls otorga a la Corte Suprema en su *Liberalisme politique*, traducción francesa, Le Seuil, p. 280.

<sup>9</sup> Dworkin, R. “The Forum of Principle”, *New York University Law Review*, 56, 1981, p. 489.

<sup>10</sup> Dworkin, R. “In Praise of Theory”, *Arizona Law Review*, 29, 1997, pp. 353-376, reeditado en Dworkin, R.

artículo era dar respuesta al reclamo hecho por Sunstein el cual consistía en que en una sociedad marcada por el “hecho del desacuerdo” sobre las grandes temas morales de justicia y de moralidad política, los jueces deberían tratar de no agravar este desacuerdo y, sobre todo, a tratar el caso, según los términos de Sunstein, “parcialmente teorizado”.<sup>11</sup> Era por parte de Sunstein una crítica dirigida a la teoría de la argumentación judicial. Dworkin presenta la crítica de Sunstein como una objeción de tipo “profesionalista” inspirándose en la diferencia existente entre un filósofo y un jurista o juez; reivindicando la frase: “[n]osotros somos únicamente juristas”.<sup>12</sup>

Para Dworkin este debate constituye una buena ocasión para defender aquello que él llama *Derecho como integridad* en el cual los tribunales de justicia representan el insigne papel de un “foro de principios” (*forum of principles*) al servicio de una comunidad política por medio del cual cada persona tiene derecho a la misma consideración y respeto. El *derecho como integridad* reivindica de esta manera, en la aplicación del derecho a un nuevo caso, la búsqueda en las decisiones pasadas de los principios que lo presenten en su mejor forma. Aquello consiste en buscar los principios que corresponden a estas decisiones, pero que les justifican también de la mejor manera desde el punto de vista de la justicia y la moralidad política. Los principios poseen una fuerza justificatoria en aquellos aspectos en donde deben garantizar el desarrollo y promoción de una “comunidad de principios” así como asegurar el mismo respeto a cada uno en dicha comunidad y brindan también su sentido al concepto de participación en una democracia.

El derecho como integridad no está asociado a un método puramente técnico de razonamiento jurídico que sería la búsqueda de una simple coherencia (*bare consistency*). Se trata de una reivindicación en nombre de un valor sustancial de moral política, la “integridad” de una comunidad de principios, en la cual deben contribuir y participar los jueces. La teoría de la cual habla Dworkin se enraza en una argumentación filosófica moral y política, así como en las exigencias de una filosofía moral que, en el pensamiento de Dworkin, rechaza el escepticismo interno a la moral y que reivindica, en una lógica de la verdad como coherencia, la unidad axiológica.

El método del derecho como integridad es, de esta manera, aquella búsqueda o investigación “ascendente” (*argumentative ascent*) en el sentido que ella puede estar orientada, cuando menos en ciertos casos, *hacia la búsqueda de principios* y de ser necesario, particularmente en los casos donde los principios de referencia podrían

---

*Justice in Rules*. HUP, 2006, pp. 49-74.

<sup>11</sup> Sunstein, C. *Legal Reasoning and Political Conflic*. OUP, 1996. Ver el capítulo 2: “Incompletely Theorized Agreements”, p. 35 y ss.

<sup>12</sup> Resumiendo el pensamiento de Sunstein, Dworkin escribe: “We are not philosopher. Law as its own discipline, its own special craft. When you go to law school, you are taught what it is to think like a lawyer, not a philosopher. Lawyers do not try to decide vast theoretical issues of moral or political theory”. *Op cit*, p. 367.

aparecer como entrando en contradicción en su aplicación a un caso, *hacia principios más elevados y abstractos*.

Para Dworkin la contribución de los jueces a esta comunidad de principios es esencial. Él ha puesto en evidencia el contraste entre el alcance de la deliberación y argumentación sobre los principios frente a los tribunales y la rica debilidad de aquello que acontece en los Estados Unidos ante las legislaturas y el Congreso. Sin embargo, por lo general el autor destaca simplemente el carácter esencial de este foro judicial en una democracia para señalar -junto a otros foros como son los periódicos, medios de comunicación y también las *School of Law*- las directrices de una comunidad de principios como tal.

Este *elogio de la teoría* es una alabanza de las cualidades de la teoría de la argumentación judicial en el trabajo de los jueces y frente a ellos, así como también del trabajo de los partidos y de la sociedad, la cual llama Perelman auditorio universal; los jueces se dirigen al conjunto de ciudadanos y, en ocasiones, aún más allá de ellos recibiendo o pudiendo recibir como la Corte Suprema de los Estados Unidos o la CEDH la invitación de *amici curiae*.<sup>13</sup>

#### IV. RESPONSABILIDADES DE LOS JUECES EN EL CONTEXTO DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA CONTEMPORÁNEA

El número 2 de la edición de 1997 del *Arizona State Law Review* contiene especialmente, además del artículo de apertura de Dworkin intitulado *In Praise of Theory*, las respuestas de Posner, Sunstein y la réplica de Dworkin.<sup>14</sup> Estos textos forman un conjunto de argumentos y contrargumentos. El objeto de esta comunicación no es dar cuenta de estas discusiones de manera puntual, sino más bien de aprender los análisis y argumentos que Dworkin proporcionó, así como la ocasión de desarrollar cuatro o cinco puntos importantes sobre el debate de la construcción de acuerdos y desacuerdos en una democracia plural y destacar el papel que los jueces pueden jugar en ella.

La teoría dworkiniana encuentra sus raíces en un país de common law, la cual,

---

<sup>13</sup> Ver por ejemplo, los 78 *briefs* entre ellos las observaciones de los Senadores de los Estados Unidos, académicos, así como historiadores, profesores de derecho, y grupos de presión en el asunto *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey* del 29 de junio de 1992; una decisión que Dworkin ha visto particularmente como ilustrativa del método del derecho como integridad. Ver de igual forma el célebre *Philosophers' brief* en el caso de suicidio asistido firmado por Dworkin junto con Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Judith Jarvis Thomson, *The New York Review of Books* del 27 de marzo de 1997, con una introducción de Dworkin, "Assisted Suicide: The Philosophers' Brief".

<sup>14</sup> Posner, R. "Conceptions of Legal Theories. A Reply to Dworkin", p. 379-388; Cass Sunstein, "From Theory to Practice", pp. 389-404; Dworkin, "Reply", 431-456.

también nació de su pasión por la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La teoría dworkiniana se encuentra profundamente anclada en este universo.

Si bien es cierto la teoría dworkiniana se encuentra vinculada al diálogo sobre la *Judicial Review* en los Estados Unidos,<sup>15</sup> y que conviene sobre todo estar atentos a los contextos históricos y políticos existentes en nuestras diferentes democracias, su propuesta aclara la discusión que puede tener lugar sobre el papel de los jueces en la construcción de acuerdos y desacuerdos así como su responsabilidad en todas las democracias y en todos los tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte de Justicia de la Unión Europea.

El intercambio entre Dworkin y Sunstein me parece, en efecto, muy inspirador tanto en la discusión sobre la argumentación judicial como en la discusión sobre las responsabilidades de los jueces y, especialmente, de los jueces constitucionales en sentido amplio para las democracias plurales. A fin de situar con claridad los temas de la naturaleza de la argumentación judicial y el papel de los jueces constitucionales en la democracia plural, Dworkin ha realizado dos distinciones de gran alcance, la primera que separa analíticamente el tema de la jurisdicción y adjudicación; la segunda, que distingue entre las responsabilidades de los jueces, su responsabilidad en la argumentación y sus responsabilidades en la búsqueda de una coordinación de su acción colectiva.

### **1. La distinción entre jurisdicción y adjudicación**

Dworkin mantiene separados los temas de la responsabilidad de los jueces en la democracia; de la naturaleza y alcances de la argumentación, y la deliberación judicial. De acuerdo con Dworkin, querer debilitar la teoría de la argumentación judicial en la controversia constitucional sobre los principios a costa de interrogantes sobre la legitimidad de los jueces en la *Judicial Review* conduce a teorías falsas sobre la naturaleza de la argumentación y a la búsqueda sin fin -como lo ilustra una parte de la historia de la doctrina constitucional de los Estados Unidos- de pruebas pertinentes de control de constitucionalidad.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Hace poco Dworkin hizo referencia a otros sistemas jurídicos y lo hizo más que nada, como todos los abogados del *common law*, para reafirmar su adhesión a ejemplos provenientes de los tribunales ingleses. Esto subraya la relatividad de su doctrina. “My view -reconoce Dworkin- have been sufficiently controversial to suggest that I escaped vacuity, but it is unclear how far I escaped parochialism. It is a frequent objection among critics that my project is either parochial in inspiration -that it aims at no more than explaining the legal practice of my own country- or obviously parochial in result because we can somehow see, without much thought or research, that it fits that one legal practice”. Ver “Hart’s Postscript”, en *Justice in Robes*, HUP, 2006, p. 185.

<sup>16</sup> Sobre el trabajo doctrinal acerca de la búsqueda de estas pruebas, ver Fassassi, I. La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. *Étude critique de l’argument contre-majoritaire*,

Dworkin destaca, por decirlo de alguna manera, que en su teoría a favor de una argumentación “parcialmente teorizada”,<sup>17</sup> Sunstein pueda tener en mente una crítica de la utilización de la Constitución a través de la cual los jueces, guiados por la lectura moral de ella, podrían tratar de imponer sus propias teorías a gran escala sobre un público que quizá las rechazaría. Sin embargo, este argumento -escribe Dworkin- confunde la adjudicación y la jurisdicción: quizá los jueces no deberían tener la responsabilidad de interpretar los límites que impone la Constitución al Congreso; este poder debería probablemente dejarse de alguna forma al pueblo. Sin embargo, aún permanece en pie la pregunta acerca de la lectura moral de la Constitución.

Al respecto, cabe distinguir entre dos tipos de preguntas diferentes; aquellas sobre los métodos de interpretación de la Constitución (tanto para el Juez, como para el legislador y los ciudadanos), y la pregunta sobre el alcance del control que los jueces están legitimados para ejercer sobre el legislador. Este último aspecto conduce a la distinción entre interrogantes sobre el fondo, por ejemplo, aquella relativa a saber si el suicidio asistido es la expresión de la libertad personal de decidir sobre su propia vida, si el médico debe ser considerado como un asesino, así como determinar el papel del juez en el sistema político y democracia. Lo anterior lleva a cuestionar bajo qué condiciones la *Judicial Review* es compatible con la democracia y si el Juez cuenta con todos los elementos necesarios para adoptar una decisión de fondo.<sup>18</sup>

De acuerdo con Dworkin, una cosa es saber si la aproximación teórica ascendente es una buena teoría del razonamiento jurídico y judicial; otra cosa es determinar si es justo confiar el poder de decidir en todas las circunstancias a los Jueces en lugar del legislador. De esta manera es “una seria confusión disimular la aversión a que los jueces tengan un gran poder, lo que puede ser corregido en teoría modificando su poder jurisdiccional, bajo la máscara de una falsa teoría del razonamiento judicial”<sup>19</sup>. Dworkin escribe:

La aproximación teórica del razonamiento jurídico no es necesaria y automáticamente un argumento sobre las responsabilidades de los jueces en los casos ordinarios y más aún en los casos constitucionales.

---

Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 165, 2017.

<sup>17</sup> Ver la referencia al libro de Sunstein.

<sup>18</sup> Acerca de esta distinción ver el comentario de Dworkin en *Philosophers Brief*.

<sup>19</sup> Esta confusión es denunciada por Dworkin entre otros aspectos en la presentación de la teoría de la interpretación por Sunstein y Vermeule. De acuerdo con estos autores, “the central question is not “How, in principle, should a text be interpreted?” The question instead should be, “how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts? My conclusions are that judges acting under uncertainty should strive, above all, to minimize the costs of mistaken decisions and the costs of decision -aking, and to maximize the predictability of their decisions.” Sunstein, C, Vermeule, A. “Interpretation and Institutions”, 101, *Michigan Law Review*, 2002-2003, p. 886.

Debo precisarlo, aunque sea evidente, porque muchas personas se han resistido a esta aproximación sobre la base que ella permitiría a los jueces comprometerse en vastas escapadas teóricas. Sin embargo, ello no conduce automáticamente al hecho sobre el cual yo he puesto el acento -que la identificación correcta de un derecho cualquiera implica un ejercicio interpretativo y que, en consecuencia, se está a expensas de una justificación ascendente- y que a una persona cualquiera deberá confiársele la responsabilidad de conducir este tipo de ejercicio sin importar las circunstancias. Si una comunidad dice a un Juez: “la Constitución es el derecho más elevado y su trabajo es decir aquello que significa la Constitución”, entonces, como yo he tratado de decir, esta instrucción conduce hacia al domino de la moralidad política. Sin embargo, nosotros no tenemos necesariamente que delegar esta responsabilidad a nuestros jueces. Es perfectamente comprensible insistir sobre el hecho que nuestros jueces no deberían estar a cargo de una interpretación final y autoritaria de la Constitución.

Si se teme a un poder judicial fuerte, debería decirse en forma abierta. No obstante, hay una seria confusión en disimular la aversión al hecho que los jueces tuvieran un gran poder, lo que en teoría podría ser corregido modificando su poder jurisdiccional, en tanto falsa teoría del razonamiento judicial.<sup>20</sup>

## 2. Distinción entre el contexto de justificación y el contexto de legitimación

Aún falta afrontar las interesantes justificaciones dadas por Sunstein a la utilización por parte de los jueces de una argumentación “parcialmente teorizada”,<sup>21</sup> que sería necesaria en el tratamiento de conflictos políticos y que no puede ser otra cosa que la comparación de opiniones alrededor de soluciones específicas, alrededor de principios de nivel medio sobre los cuales podría hallarse un acuerdo.

Una teoría de comparación, inspirada en Rawls, posee como tal una evidente parte de verdad en una sociedad plural donde reina el “hecho del desacuerdo”.<sup>22</sup>

Sin embargo, la teoría de Sunstein constituye una ocasión para Dworkin de precisar y complementar su análisis. Dworkin demuestra que es posible distinguir tres tipos de responsabilidades -lo que no hace explícitamente Sunstein-, él distingue (i) las responsabilidades que tenemos en el ejercicio de juzgar -por ejemplo, cuándo debe

---

<sup>20</sup> Ver “In Praise of Theory”, *op cit.*

<sup>21</sup> Particularmente en su excelente libro *Legal Reasoning and Political Conflict*, OUP, 1996, *op cit.*

<sup>22</sup> No obstante, Shapiro observa que recurrir a razones parcialmente teorizadas no está necesariamente ligado a tratar los desacuerdos sobre valores en una democracia plural. Ver Shapiro, S. “Fear of Theory”. *The University of Chicago Law Review*. 64, 1997, n° 1, p. 389 y ss.

decidirse, desde nuestro punto de vista qué posiciones políticas y decisiones sostener- (ii) de las responsabilidades de coordinación, y (iii) aquellas que Dworkin llama de “presentación”.

Las responsabilidades de coordinación se ejercen cuando decidimos si debemos cooperar, por ejemplo, para el legislador si debe formar una alianza legislativa, para los ciudadanos si deben unirse a un grupo de presión y, para los jueces, si es necesario buscar una mayoría para producir una decisión. Las responsabilidades de presentación conducen a proporcionar una razón formal para que una decisión sea adoptada; la forma de esta motivación se asemeja al papel de presentación de responsabilidades que le son asociadas: cuando adquiere la forma de la motivación de un documento común, como lo son un informe parlamentario o una decisión judicial adoptada por más de un juez, la motivación “habla” a nombre de las personas cuyos razonamientos pueden tener fundamentos diferentes.

Dworkin no observa ningún obstáculo en que el método de la argumentación “teóricamente incompleta” sea perfectamente pertinente en el ejercicio de “responsabilidades de coordinación”. Es posible decidir actuar sin mayor problema con aquellos que se encuentran a favor de la misma decisión que nosotros, aunque la sostengan por razones diferentes y hacer uso del consenso. “En las circunstancias normales de la política, el consenso sensato queda comprendido en la elaboración de una decisión judicial”, subraya Dworkin.

La “responsabilidad de presentación” sugiere, además, que el compromiso pueda observarse en la redacción de la decisión misma. Aún si es posible para los jueces que actúan en favor de una decisión conjunta escribir una opinión separada a través de la cual expresen su propio razonamiento y fundamento en el plano teórico; en algunas ocasiones puede ser preferible, por una multiplicidad de razones, establecer una sola y quizá más superficial opinión a la cual cada uno se adherirá.<sup>23</sup> Tal opción no puede ser descartada.

La teoría del derecho como integridad no está para condenar estos compromisos, estos “consensos para conciliar” en la redacción opiniones mayoritarias o unánimes (con la excepción siempre posible, en ciertos tribunales de justicia, de escribir una opinión separada).

Lo que Dworkin dice es que la aproximación teórica -la cual puede ser de gran amplitud- es válida solamente para la construcción de juicios personales que serán defendidos en la deliberación y que no puede ser encontrada en otras etapas del proceso judicial. Por otra parte, Dworkin observa que el modelo rawlsiano de consensos para

---

<sup>23</sup> Aquí se piensa por supuesto en las razones que motivaron la redacción de una opinión unánime en el caso *Brown v. Board of Education*, US Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954).

conciliar, a los cuales se remite Sunstein para defender su concepto de “acuerdos parcialmente teorizados”, suponen aún que cada parte en el consenso cuente un juicio individual sobre la base de fundamentos teóricos, los cuales, Rawls llama esquemas éticos comprensivos que difieren entre las partes en controversia.

Sin embargo, Sunstein sugiere que los juristas y jueces deben abstenerse -aún en el ejercicio de su responsabilidad en la construcción de su juicio individual- de aventurarse en las altas esferas de la teoría de la moralidad política. Lo que significa que él defiende no solamente que las alianzas políticas y judiciales pudieran ser formadas a partir de acuerdos concretos cuando existen desacuerdos teóricos, sino que también los juicios individuales que producen estos acuerdos concretos deben ser superficiales.<sup>24</sup>

Este hecho hace eco en una distinción hecha por Estlund,<sup>25</sup> entre el “papel de justificación” frente a diversas personas de la superioridad de un principio de justicia que podemos hacer sin tener que reivindicar la verdad; del papel de legitimar la imposición de un principio que cada uno de nosotros considera como verdad a otros. Él opone de esta manera un papel de justificación frente a uno de legitimación.

El segundo papel, aquel de la legitimación, desplaza la dificultad de la justificación hacia un proceso aceptable por todos los puntos de vista razonables. Este proceso es la verdadera deliberación a través de la cual nosotros intercambiamos reivindicaciones de verdad en la medida que esta deliberación es capaz de producir un resultado consensual.

La distinción de Estlund aclara la reivindicación hecha por Dworkin (lo que no acontece en el caso de Rawls), que las interpretaciones de conceptos controvertidos son reivindicaciones de la verdad de nuestras concepciones aun si no podemos hacer como si fuésemos infalibles y demostrar en forma absoluta el carácter correcto de nuestra interpretación; así como que existe una sola interpretación correcta, la mejor para dar cuenta del derecho en un caso particular.

### 3. Sobre la naturaleza de la argumentación jurídica

Ahora es posible aprender mejor el sentido y papel de la argumentación jurídica

---

<sup>24</sup> Por el contrario, Dworkin defiende: “the Rawlsian model of overlapping consensus supposes that each party to the consensus has made an individual judgment on theoretical grounds drawn from what Rawls calls “comprehensive” ethical schemes that differ from party to party. But Sunstein suggests that lawyers and judges should abstain, even in the exercise of the responsibility of individual judgment, from venturing into the more abstract reaches of political moral theory. He means to claim, that is, not just that political and judicial alliances may be forged out of concrete agreement even in the face of theoretical divergence, but that the individual judgments that produce the concrete agreement should themselves be superficial. He presents this view of “ordinary” legal reasoning as in contrast to my own” Ver “In Praise of Theory”, *op cit.*

<sup>25</sup> Estlund, D. “The Truth in Political Liberalism”, Elkins, J. Norris, A. *Truth and democracy*, University of Pennsylvania Press, 2012, pp. 251-271.

ascendente en el pensamiento de Dworkin. El debate referido aclara especialmente dos puntos importantes de la teoría de la argumentación jurídica en la obra de Dworkin.

La distinción de la aproximación *inside-out* y *outside-in*. Uno de los puntos clarificados de nueva cuenta por Dworkin en *In Praise of Theory* es la distinción de la aproximación ascendente -a través de la cual a partir de un caso presentado en circunstancias no previstas de antemano es posible argumentar y dar respuesta a los principios invocados así como preguntarse si tales principios realmente se oponen o si en realidad no se complementan (por ejemplo, porque cada uno aporte una parte en un campo particular del derecho)- de la aproximación del Juez Hércules la cual ha sido confundida a menudo con esta aproximación ascendente.

Precisamente el Juez Hércules no procede de acuerdo con el método ascendente a partir de un caso. El Juez Hércules no reflexiona, desde el punto de vista de la controversia jurídica, del interior hacia el exterior (*inside-out*) sino desde una perspectiva exterior hacia el interior del caso (es decir, de acuerdo con la expresión elegida por Dworkin, *outside-in*). En este sentido, antes de adoptar una decisión, él será capaz de construir una teoría englobante y gigantesca que será adecuada para todas las situaciones. Él razona de manera distinta a la de los juristas que parten desde los problemas específicos hacia temas más amplios y abstractos. Aquello que Dworkin precisa es que el trabajo de un jurista puede, en ciertos casos, encontrar un apoyo en el trabajo del Juez Hércules.

Este punto encuentra un apoyo en una analogía entre la argumentación jurídica y la epistemología de las ciencias: los juristas razonan de manera general a partir de casos y después buscan una solución, si hay una duda buscan una respuesta análogamente en los precedentes teniendo en cuenta los efectos que su decisión puede tener sin reparar naturalmente en una reflexión general sobre sus paradigmas. De esta manera también funciona la ciencia cotidianamente. Sin embargo, esto no hace inútil la búsqueda de una gran teoría, lo que demostraría que todas las otras ciencias naturales como la química o la psicología no son solamente compatibles con la física, sino que la física se parece a las otras ciencias al hacer teoría. La analogía permite medir aquello que es visto *outside-in* de un dominio intelectual que podría ser útil, aún para aquellos que piensan al interior de un paradigma, desde el punto de vista *inside-out*.

El método ascendente no es más que potencial. Dworkin aclara, en segundo lugar, que el método ascendente es potencial en el sentido que no gobierna el trabajo cotidiano de los jueces y juristas aún si siempre se encuentra potencialmente presente. Sunstein considera que los jueces deben adoptar por presunción una reserva respecto a las “teorías a gran escala” sin que éstas sean prohibidas.<sup>26</sup> Empero, esto es exactamente aquello que

---

<sup>26</sup> Sunstein admite no ofrecer una alternativa a la gran teoría, dice: “some cases cannot be decided at all without introducing a fair amount in the way of theory. Moreover, some cases cannot be decided well

la teoría del derecho como integridad recomienda también: que los jueces no argumenten a partir de casos hacia teorías más abstractas sino únicamente cuando tengan una razón especial para hacerlo. De esta manera, Dworkin indica que de hecho no existe contradicción entre los dos puntos de vista, si se desea comprender mejor la teoría del derecho como integridad.<sup>27</sup>

El método ascendente es potencial porque resulta imposible, sin importar el caso de que se trate, prever que la argumentación devendrá ascendente. En la mayor parte de los asuntos que los jueces conocen no se revela necesaria y el derecho funciona, como funciona la ciencia ordinaria o la técnica en un paradigma consensual sin que cada experimento y cada demostración tengan la necesidad de movilizar una gran teoría. La aproximación ascendente no es un requisito en todos los casos, mucho menos en los casos más numerosos, no obstante, está potencialmente presente en cada caso porque es siempre posible, sin saberlo de antemano, que un caso requiera argumentos revolucionarios que impliquen el desarrollo de la teoría. En este punto él se une a las observaciones tan pertinentes de Tushnet,<sup>28</sup> o Kennedy.<sup>29</sup>

De esta manera, las diferencias entre la reivindicación de una aproximación “parcialmente teorizada” de Sunstein y la aproximación ascendente dworkiniana se

---

without introducing theory. If a good theory is available and if judges can be persuaded that the theory is good, there should be no taboo on its judicial acceptance. The claims on behalf of incompletely theorized agreements (he must mean incompletely theorized individuals' judgements) are presumptive rather than conclusive". "Legal Reasoning and Political Conflict", *op cit*, p. 54.

<sup>27</sup> Esto es lo que Sunstein contesta. Para él, Dworkin piensa que los juicios del Juez Hércules son de la misma naturaleza y reposan en los mismos métodos materiales que los juicios de los juristas y jueces; a lo que contesta que es verdad. Dworkin "shows us the hidden structure of "ordinary" judgments and so lays these open to study criticism" Of course Hercules aims at a "comprehensive theory" of each area of law, whereas ordinary judges, unable to consider all lines of inquiry, must aim at a theory that is "partial". But Hercules's "judgments of fit and political morality are made on the same material and have the same character as theirs" It is these pints that I am denying" Sunstein, "From Theory to Practice", *op cit*.

<sup>28</sup> Tushnet, M. "Defending the Indeterminacy Thesis", *Quinnipiac Law Review*, Vol. 16, 1996-1997, pp. 339-356.

<sup>29</sup> Ver Kennedy, D. "Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica" en *Jurisprudence. Revue critique*, 2011, p. 30. Kennedy escribe que: "[e]l material jurídico no determina la solución del caso únicamente en el sentido que es posible en ocasiones desestabilizar las aprehensiones iniciales a través del trabajo jurídico. A decir verdad, nosotros comenzamos a menudo por aprender este material como determinante de la solución del caso particular que nos es dado o, al contrario, como no determinante de ninguna solución (porque el caso resalta de la penumbra o cuadro). Cuando la solución del caso aparece de entrada como determinada por el material jurídico nos es posible predecir el resultado porque anticipamos que la persona no hará el trabajo jurídico requerido para desestabilizar la aprehensión inicial. Además, a menudo será posible predecir qué persona no hará este trabajo porque los proyectos ideológicos que son efectivamente perseguidos por los jueces están en consonancia con la aprehensión inicial o de acuerdo con la idea que el resultado previsible no vale la pena de ser desestabilizado. Se puede pensar que así será si los jueces o juristas influyentes siendo a menudo los actores portadores de proyectos radicales o atípicos".

atenúan. No obstante, Dworkin aún debe hacer a un lado dos diferencias que Sunstein continúa observando entre el derecho como integridad y la aproximación parcialmente teorizada. De acuerdo con Sunstein, en los casos difíciles que emergen del debate, los jueces deben elevar el nivel de abstracción de su argumentación, sin embargo, tienen que hacerlo no conforme a un método filosófico sino de acuerdo al método propio del jurista; esto es, recurriendo a la analogía en la medida que implique acudir (alejándose del método ascendente de Dworkin) a principios de nivel intermedio (*mid-level principles*) y no a principios de la más alta jerarquía que la integridad podría demandar de los jueces.

Por una parte, como finalmente lo reconoce el propio Sunstein, hay un contraste equivocado entre la analogía y el recurrir a niveles teóricos más abstractos, el cual consiste en que la analogía está ciega sin la teoría.<sup>30</sup> Por otra parte, no queda claro cómo comprender la problemática distinción entre los principios intermedios y los llamados de alto nivel; a menos que los juristas descubriesen por ellos mismos en el curso de su investigación el nivel de reflexión que el caso entraña sin que hubiera de antemano un criterio más allá de aquél que el autor de la argumentación pudiera ser detenido.<sup>31</sup>

#### **V. A MANERA DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PAPEL DE LOS JUECES EN LA COMUNIDAD POLÍTICA**

De esta forma, en el contexto de la distinción entre las responsabilidades de los Jueces, podemos volver al tema inicial evocado en la introducción de este artículo; es decir, a la cuestión de los alcances del papel del Juez en una democracia deliberativa y plural tomando en consideración el “hecho del desacuerdo” y su posición en la construcción de acuerdos y desacuerdos sobre valores.

La defensa de una argumentación teóricamente incompleta sostendría el hecho que el desarrollo de una teoría a gran escala sobre los derechos de una sociedad plural es una misión democrática y no judicial.<sup>32</sup> No obstante, Dworkin responde que sería un

---

<sup>30</sup> “But that is a false contrast because (to paraphrase Kant) analogy without theory is blind. An analogy is a way of stating a conclusion, not a way of reaching one, and theory must do the real work” Dworkin, R. “In Praise of theory”, *op cit*.

<sup>31</sup> “Though “ordinary” lawyers and judges reason about concrete legal issues from the inside-out, like an engineer reasoning about the feasibility of a new structure, they can set no a priori limit to the justificatory ascent into which a problem will draw them. It is the character of the inquiry itself the problems it generates as it unfolds -that dictates the level of theory that must be explored, and this cannot be known or stipulated in advance. Lawyers (like other people) discover the scope of reflection they need to pursue in the course of inquiry, by finding where inquiry leads before a responsible resting place is reached. They do not -cannot- accept a methodology that stipulates in advance where they must stop no matter how inconclusive or unsatisfying their reflection to that point. So Sunstein’s appeal to analogy does not, after all, discriminate his method from the theory-embedded account he means to oppose”. Dworkin, “In Praise of Theory” *op cit*.

<sup>32</sup> Sunstein, C. *Legal Reasoning*, *op cit*, p. 53.

misterio saber cómo la “democracia” podría producir o generar teorías a gran escala (*large-scale-theories*) sobre los derechos y el bien, sin que los jueces hubieran contribuido a identificar qué teorías están latentes en la legislación y acontecimientos políticos.

El tema sobre la legitimidad de la *Judicial Review* ha sido objeto, particularmente en los Estados Unidos, de una discusión académica intensa. Sin ser exhaustivos,<sup>33</sup> en este punto es posible destacar que, gracias a la intervención de Dworkin y Rawls,<sup>34</sup> el debate adquirió un nuevo matiz en contraposición a la forma clásica de comprender este problema en el sentido de una oposición inevitable entre la democracia y la *Judicial Review*. En el marco clásico de la discusión, es posible admitir el control de constitucionalidad cuando menos en ciertos casos, pero es necesariamente visto como un mal porque no puede ser considerado democrático.

La nueva aproximación de Rawls, Dworkin o aún de Habermas (con sus diferencias de acuerdo con cada autor) pone en discusión las ventajas e inconvenientes democráticos de los tribunales de justicia y parlamentos. El principal tema debatido es aquél de saber si la democracia está siempre mejor representada por el parlamento debido a que, cuando menos en principio, respeta la misma consideración y respeto a cada ciudadano. Al respecto, consideraciones normativas y reflexiones apoyadas en consideraciones de hecho han dividido a los analistas, juristas y politólogos.<sup>35</sup> El debate ha desbordado las fronteras de los Estados Unidos.<sup>36</sup>

Gutman y Thompson oponen a la aproximación dworkiniana de la discusión ascendente otra opción; la única que les resulta válida en una sociedad plural donde los desacuerdos y los conflictos son profundos, que conduciría a aclimatar los principios en la democracia mayoritaria y que la favorecería, la cual es presentada como un concepto a medio camino entre las tesis procesales de la democracia y las tesis de la democracia constitucional.<sup>37</sup> De acuerdo con los autores, Dworkin está cimentado en un fuerte contraste entre la virtud de un juez y las debilidades de las asambleas parlamentarias en

---

<sup>33</sup> Visto de nuevo en forma brillante por Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op cit.

<sup>34</sup> Ver Bellamy, R. “The Democratic Qualities of Courts: A Critical Analysis of Three Arguments”, 49, *Representation*, 2013, n° 3, pp. 333-346.

<sup>35</sup> Ver Dworkin, R. *Introduction to Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. HUP, 1996.

<sup>36</sup> Ver el documento coordinado por Bellamy, R. Parau, “Democracy and Court and the Dilemmas of representation”, *Representation*, 49, 2013, p. 255 y ss, con una extensa introducción de estos editores. Para la discusión en Canadá ver Boulay, C. “La relation changeante entre la Cour suprême du Canada et la société civile: l'apport des acteurs sociaux à la production du droit”, *Revue du Barreau*, 75, 2016, pp. 363-390, Webber, G. The Unfulfilled Potential of the Court and Legislature Dialogue, *Canadian Journal of Political Science*, 42, 2009, n° 2, pp. 443-465. Para Francia, ver Rousseau, D. *Sur le Conseil Constitutionnel: la doctrine Badinter et la démocratie*, éditions Descartes & Cie, 1997.

<sup>37</sup> Gutman, A, Thompson, D. *Democracy and Disagreement*. HUP, 1996, pp. 35-36.

los procesos deliberativos sobre principios. Por el contrario, ellos oponen a la democracia constitucional presentada como otorgada por las manos de los Jueces, una deliberativa que debería vivirse en los parlamentos. Resulta criticable mirar a los tribunales constitucionales no solamente como los garantes de los ideales democráticos enraizados en la Constitución, sino también como si ellos mismos fueran los modelos en el proceso democrático de deliberación. Para ellos, si los tribunales pueden jugar un papel democrático es porque se encuentran inscritos en un proceso y control democrático.

Es verdad que Dworkin subraya a menudo que, si bien es cierto los debates que preceden un referéndum o una decisión legislativa acerca de un tema importante vinculado con los principios, pueden ser de gran calidad, ellos raramente acontecen. En un artículo dedicado a Hand, quien funda precisamente su defensa a la *judicial restraint* no sobre un escepticismo respecto a los valores sino sobre la defensa de la democracia parlamentaria, Dworkin destaca en respuesta que:

[...] a menudo infortunadamente y de manera desesperante, como en el debate sobre el control de armas, el proceso (parlamentario) está dominado por alianzas políticas que son formadas sobre un punto común y que utiliza las tácticas habituales de grupos de presión para sobornar o chantajear a los electos. El gran debate moral que Hand pensaba esencial a la democracia no comienza jamás.<sup>38</sup>

De esta manera Dworkin, en la búsqueda de la construcción de una comunidad de principios, contrasta los papeles del juez y legislador. El análisis de la historia de la discusión legislativa en los Estados Unidos mostraría, de acuerdo con él, que el Congreso americano y las legislaturas de los estados, en tanto foro de principios, no han ilustrado mejor la teoría de la democracia deliberativa.

Sin embargo, si Dworkin ha comparado a menudo las respectivas contribuciones de las legislaturas y los tribunales de justicia en tanto foros de principios insistiendo en los malos resultados del parlamento al respecto, el punto medular se encuentra en otra parte. Lo oposición entre los legisladores o Congreso y los tribunales no tiene más que un alcance retórico. El autor, al distinguir la integridad en la legislación y la integridad en la adjudicación, ha defendido de esta manera la idea que no habría más integridad en la adjudicación de la que habría en la legislación;<sup>39</sup> lo que quiere decir en relación con las otras ideas de Dworkin: que el *Derecho como integridad* en la adjudicación debe inscribirse en consonancia con aquello relevante en las decisiones del pasado, especialmente con la ley, que debe respetarse el principio de la supremacía legislativa y

---

<sup>38</sup> Dworkin, R. "Mr Liberty. Review of G. Gunther, *Learned Hand. The man and the Judge*", *New York. Review of Books*, 11 August 1994, reeditado in *Freedom's Law, op cit*, pp. 332-347.

<sup>39</sup> Dworkin, R. *Law's Empire*. HUP, 1986, p. 217.

que el juez no es un legislador.

Si se desea continuar con el análisis dworkiniano está bien mostrar la contribución indispensable de los tribunales de justicia en tanto foros de principios para la democracia deliberativa. Su análisis no apunta, claro está, a hacer de los tribunales los centros de la teoría democrática. Para él se encuentra, en consecuencia, en la correcta comprensión por los Jueces, sustituida por una buena comprensión de la naturaleza de su argumentación por parte de los ciudadanos, políticos y principalmente por los mismos juristas que esta misión podrá ser cumplida; sabiendo, tal y como ha podido observarse en líneas superiores, que Dworkin, por otra parte, defiende sobre todo la responsabilidad de los jueces en sus deliberaciones, sin negar que en la búsqueda de compromisos entre ellos, adquieren otras responsabilidades. Su responsabilidad en la búsqueda de acuerdos y desacuerdos en derecho evidentemente es muy compleja.

Dworkin sobre todo destaca, y es lo que se sostendrá aquí, que el foro del Juez no es comprensible sino como una aportación en una comunidad de principios, una contribución al conjunto de foros de la democracia y, en consecuencia, dentro del contexto de un sistema democrático. Dworkin subraya que, cuando una cuestión constitucional ha sido el objeto de una decisión de la Corte Suprema y que ella es lo suficientemente importante para esperar que su vigencia se prolongue, sea ampliada, restringida o revocada por futuras decisiones, un profundo debate nacional comienza en los diarios y otros medios de comunicación, en las clases de las facultades de derecho, en las reuniones públicas y en las comidas. Estos debates corresponden mejor a la concepción de un gobierno republicano, en tanto que Hand lo concebía aislado del resto de foros sobre los principios, debido a la relevancia que otorgan a los principios más que al sólo proceso legislativo.

En el caso donde los derechos fundamentales están en conflicto, es importante que el público participe en la decisión, no porque la comunidad deba adherirse a la decisión de la mayoría, sino por otra razón diferente: su respeto exige que la población participe de la misma forma en que lo hacen los socios de una empresa en la discusión de los argumentos morales sobre las reglas bajo las cuales deberán vivir.<sup>40</sup> Empero, piensa Dworkin, el papel del ciudadano como un agente moral participante en su propia gobernanza se encuentra a menudo mejor protegido si los mecanismos de decisión hacen

---

<sup>40</sup> Ver el análisis de Hand al cual hace referencia Dworkin: "For myself it would be most irksome to be ruled by a very of Platonic Guardians, even if I knew how to choose them, which I assuredly do not. If they were in charge, I should miss the stimulus of living in a society where I have, at least theoretically, some part in the direction of public affairs. Of course, I know how illusory would be the belief that my vote determined anything; but nevertheless, when I go to polls I have a satisfaction in the sense that we are all engaged in a common venture. If you retort that a sheep in the flock may feel something like, I reply following Saint Francis, My brother the Sheep" Ver Hand, L. *The Bill of Rights* (The Oliver Wendell Holmes Lectures) HUP, 1958, pp. 73-74.

intervenir a un Juez.

La sensibilidad al análisis empírico del análisis del papel de la contribución de los tribunales a la democracia. Aunque se presenta como una aproximación normativa y no descriptiva, la teoría de la democracia constitucional dworkiniana reposa también en observaciones de hechos institucionales, sociales o prácticos y en hipótesis sobre estos; por si fuera poco, no deja de invitar a los análisis empíricos. Esta teoría llama, por ejemplo, a dirigir estudios de caso sobre el impacto que ha tenido o pueda tener la existencia de una decisión de un tribunal constitucional y, particularmente, los casos sobre los cuales Dworkin se apoyó para ilustrar su teoría, destacando de entre ellos las decisiones sobre la interrupción voluntaria del embarazo frente a la Corte Suprema (*Roe v. Wade*, 410, US, 113, después *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey*)<sup>41</sup> o aún la decisión sobre el suicidio asistido que ha dado lugar al célebre Brief de filósofos que muestra la diferencia entre la argumentación del *Philosophers's Brief* y el de la Corte Suprema de los Estados Unidos (caso *Washington v. Glucksberg*, S. Ct. 521 US 702 (1997), pronunciado unánimemente, pero con opiniones concurrentes).

## VI. REFERENCIAS

### Bibliográficas

- Dworkin, R. *Law's Empire*. HUP, 1986.  
- *Introduction to Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. HUP, 1996.  
- "Hart's Postscript", en *Justice in Robes*, HUP, 2006.  
Estlund, D. "The Truth in Political Liberalism", Elkins, J. Norris, A. *Truth and democracy*, University of Pennsylvania Press, 2012.  
Hand, L. *The Bill of Rights* (The Oliver Wendell Holmes Lectures) HUP, 1958.  
Gutman, A, Thompson, D. *Democracy and Disagreement*. HUP, 1996.  
Knight, J, Johnson, J. *The Priority of Democracy*. Princeton UP, 2011.  
Rawls, J. "The Domain of the Political and Overlapping Consensus", en D. Coop, J. Hampton, J. Roemer (eds) *The idea of Democracy*. CUP, 1993.  
Rousseau, D. *Sur le Conseil Constitutionnel: la doctrine Badinter et la démocratie*, éditions Descartes & Cie, 1997.  
Sunstein, C. *Legal Reasoning and Political Conflic*. OUP, 1996.

---

<sup>41</sup> 505 US, 833 (1992), una decisión que Dworkin ha considerado particularmente ilustrativa del método del derecho como integridad. Dworkin, R. "Roe was Saved", *The New York Review of Books*, June 29, 1989, reeditado en *Freedom's Law*, *op cit*, p. 117 y ss.

## Hemerográficas

Bellamy, R. "The Democratic Qualities of Courts: A Critical Analysis of Three Arguments", 49, *Representation*, 2013, n° 3.

Bellamy, R, Parau, "Democracy and Court and the Dilemmas of representation", *Representation*, 49, 2013.

Boulay, C. "La relation changeante entre la Cour suprême du Canada et la société civile: l'apport des acteurs sociaux à la production du droit", *Revue du Barreau*, 75, 2016.

Cohen J. "Procedure and Substance in Deliberative Democracy", en J. Bohman y W. Regh. *Deliberative Democracy*. The MIT Press, 1997.

Dworkin, R. "The Forum of Principle", *New York University Law Review*, 56, 1981.

- "In Praise of Theory", *Arizona Law Review*, 29, 1997.

Fassassi, I. La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. *Étude critique de l'argument contre-majoritaire*. Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 165, 2017.

Kennedy, D. "Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica" en *Jurisprudence. Revue critique*, 2011.

Landermore, H. "Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy", 2006, *Journal of Social Epistemology*, 2017.

Shapiro, S. "Fear of Theory". *The University of Chicago Law Review*. 64, n° 1, 1997.

Sustein, C, Vermeule, A. "Interpretation and Institutions", 101, *Michigan Law Review*, 2002-2003.

Tushnet, M. "Defending the Indeterminacy Thesis", *Quinnipiac Law Review*, Vol. 16, 1996-1997.

Webber, G. The Unfulfilled Potential of the Court and Legislature Dialogue, *Canadian Journal of Political Science*, 42, n° 2, 2009.

## Otros documentos relevantes

Sentencia de la Corte de Casación. Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 4 mai 2017, D.c. procureur général près la cour d'appel d'Orléans.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América. *Brown v. Board of Education*, US Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954).

## MODELO DE JUSTICIA ALTERNATIVA CONSTRUCTIVISTA-IGUALITARIA SOCIAL

ALTERNATIVE, SOCIAL-EQUALITARIAN, CONSTRUCTIVIST JUSTICE MODEL

Jesús Zúñiga González\*

**RESUMEN.** Los medios alternativos de resolución de controversias son un tema central cuyo objetivo es crear una cultura de paz y armonía en la sociedad, manteniendo equilibrio entre los intereses en conflicto. Este artículo analiza el Modelo de Justicia Alternativa Constructivista Igualitaria-Social, esquema que explica y justifica la necesidad de implementar diferentes formas de solución de controversias individuales, colectivas y sociales, y de promover una justicia pronta y expedita basada en la conciencia, participación y voluntad de los individuos, quienes podrán contar con el apoyo de un tercero con el perfil, características y habilidades específicas para contribuir de manera efectiva a la resolución de conflictos.

**PALABRAS CLAVE.** Mecanismos alternativos de solución de controversias; Modelo de Justicia Alternativa Constructivista, Igualitaria-Social.

**ABSTRACT.** Alternative means of dispute resolution is a core issue that aims to create a culture of peace and harmony in society, striving for balance among interests in conflict. This article analyses the Constructivist, Equal-Social Alternative Justice Model, a scheme that explains and justifies the need to implement different ways of solving individual, collective and social divergences, and to promote prompt justice based on the awareness, participation and willingness of individuals, who may count on the support of a third party with a specific profile, characteristics and skills to contribute effectively to the resolution of disputes.

**KEYWORDS.** Alternative dispute resolution mechanisms; Alternative, Social-Equalitarian, Constructivist Justice Model.

**Fecha de recepción:** 22 de abril de 2019.

**Fecha de aceptación:** 15 de junio de 2020.

---

\* Asesor y consultor en materia de medios alternos de solución de controversias. Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

**SUMARIO.** I. Introducción; II. Evolución de los medios alternos de solución de controversias; III. ¿Qué es MOJACIS?; IV. Principios MOJACIS; V. Técnicas de aplicación; VI. Conclusiones. VII. Referencias.

## **I. Introducción**

La forma tradicional de administrar e impartir justicia en nuestro país ha traído más que solución de controversias ha creado, un sistema en el que se legitima que una de las partes gane y la otro pierda; esto implica que se agoten diversas instancias legales por los inconformes e incluso el agotamiento de actitudes y desplazamientos de conductas antisociales y antijurídicas teniendo como consecuencia que haya corrupción, rezago de procedimientos, falta de diálogo entre las partes, confrontaciones fuera y dentro de juicio, altos costos en la administración de justicia, carga de trabajo en las instituciones gubernamentales, entre otras.

A partir de este contexto, este artículo busca fomentar la implementación de un nuevo modelo de solución de controversias en el ejercicio profesional de forma privada o institucional, que genere un equilibrio de los intereses en controversia, que disminuya los costos económicos a las partes, que contribuya con el abatimiento del rezago administrativo y laboral de las autoridades y de los particulares, y se coadyuve en la reducción de los tiempos de atención de los órganos jurisdiccionales y administrativos; partiendo de la voluntad y de la disposición de los particulares, con la finalidad de que se obtenga verdaderamente justicia pronta y expedita, tal y como lo establece el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y con base en el derecho que tiene todo individuo de acceso a una justicia alternativa.

Lo anterior nos lleva a plantear una forma diferente de impartir justicia partiendo de la base constitucional, aplicando y reconociendo los derechos humanos y teniendo en consideración los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, por lo que en este trabajo se formula y explica el Modelo de Justicia Alternativa Constructivista, Igualitaria-Social (en adelante MOJACIS); mediante el cual se busca difundir una cultura de diálogo, respeto, armonía y equilibrio en los intereses de los particulares, los entes colectivos y la sociedad, que permita aplicar justicia pronta y expedita con la participación de las partes en controversia y el auxilio, en su caso, de un tercero ajeno para la aplicación de los medios alternos que coadyuven en la solución de los conflictos.

Para la explicación del MOJACIS, en el primer apartado se explicará qué son, cuáles son y en dónde surgen los medios alternativos de solución de controversias, así como cuál es la visión de la administración de justicia y de la administración pública. En el segundo capítulo se abordará el MOJACIS. En el tercer capítulo se explicará cuáles son los principios que operan, en el cuarto capítulo se desarrollará la aplicación del Modelo de forma inter y multidisciplinaria. El desarrollo del MOJACIS permitirá comprender la importancia que tiene la justicia alternativa y cuáles son sus beneficios para las partes y la utilidad para la resolución de los conflictos.

## II. Evolución de los medios alternos de solución de controversias

### 1. ¿Qué son los medios alternos de solución de controversias?

Para comprender el alcance y trascendencia del tema, es importante señalar que los medios alternativos de solución de controversias surgen como una de las formas adicionales que en la actualidad se utilizan para la impartición y administración de justicia, en los que se deben de tomar en consideración la propia problemática, aunado al conjunto de principios y alternativas con los que se podrá resolver y acordar el asunto, tal y como lo plantea Rawls.<sup>1</sup> Debemos expresar que la justicia en su forma tradicional no sólo proviene del Estado sino de los propios involucrados, por lo que para comprender esta concepción, la Justicia se clasifica formalmente en: distributiva, procesal, retributiva y restaurativa.

La *justicia distributiva* tiene por objeto repartir la riqueza entre todos los miembros de la sociedad, con base a principios como la equidad, igualdad y necesidad, lo que conlleva a tener que considerar que para que haya una distribución justa, se tiene que considerar la protección y cuidado de la dignidad de la persona.

La *justicia procesal* tiene como finalidad resolver controversias con base a principios de imparcialidad y legalidad, lo que implica que el impartidor de justicia tiene que conducirse con base en las disposiciones normativas sin distingo y en estricto apego a los preceptos legales, tomando sólo en consideración lo plasmado y vertido en un cúmulo de actuaciones que conforman un expediente.

La *justicia retributiva* busca que su aplicación sea con base en las normas de índole local, nacional e internacional y que permita la prevención de la trasgresión a la norma mediante el análisis del comportamiento del sujeto en donde se relacione la hipótesis normativa a cumplir, con la aplicación de una sanción en proporción a su conducta, enfocándose al castigo del transgresor de una norma.

La *justicia restaurativa* busca enfocar su aplicación a la protección y bienestar de la víctima, además de reincorporarle su esfera jurídica y patrimonial que tenía antes de la norma transgredida, es decir, busca la reparación del daño protegiendo el interés individual y colectivo.

Aunado a lo anterior, en los últimos años, y derivado de la problemática económica, jurídica y administrativa que desprende el sistema tradicional de impartición de justicia con base en los modelos comentados, surge lo que conocemos como *justicia alternativa*, como una forma innovadora, ágil y rápida de administrar justicia, ya que para resolver una controversia sus puntos estructurales tanto fuera como dentro de un

---

<sup>1</sup> Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p. 28.

procedimiento, permite que las partes puedan *tener contacto directo entre sí* y, en su caso, contar con el apoyo de un tercero ajeno a las diferencias que presentan, buscando en todo momento el equilibrio de intereses y la resolución respectiva lo mejor y más rápido posible.

En este sentido y en referencia a Gorjón y Steele, podemos definir que los Medios Alternos de Solución de Controversias son el conjunto de instrumentos jurídicos que tienen a disposición las partes con el objeto de resolver las controversias que se susciten, propiciando un equilibrio de los intereses planteados con base en la voluntad de las partes, al diálogo, acercamiento, concientización y propuestas de ellos mismos o de un tercero en caso de ser necesario.<sup>2</sup>

## **2. ¿En dónde surgen los medios alternos de solución de controversias?**

La visión de la administración de justicia debe de ser en el sentido de lo que señala el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es el de buscar la impartición de una justicia pronta y expedita, lo que implica que las partes en conflicto pueden generar soluciones dentro y fuera de juicio.

Lo anterior explica el carácter preventivo y, en su caso, correctivo de los medios alternos, ya que son herramientas indispensables para generar y mantener un ambiente estable y equilibrio de intereses. Esto permite que antes de un procedimiento, los involucrados tengan acercamiento, diálogo y la posibilidad de resolver por sí mismos las controversias que se van planteando. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, tienen la posibilidad de resolverlo en una fase jurisdiccional con la intervención de un tercero quien aplicará las diferentes técnicas de solución de controversias.

Es importante señalar que el sistema tradicional de impartición de justicia, lejos de brindar certeza, seguridad y resolución de controversias a las partes y a la sociedad, ha retardado la impartición de justicia, generado mayor violencia y conflictos, lo que nos lleva a que se corrompan los procedimientos y no se cumpla con la finalidad de impartir justicia. En ese tenor, la administración pública debe de enfocar sus esfuerzos en hacer más eficientes los procedimientos, cuerpos normativos, sanciones, órganos jurisdiccionales y administrativos, para que se aplique una visión de política pública preventiva que conlleve la reducción de gastos, tiempos y recursos, teniendo un clima de paz y tranquilidad al estar resolviendo controversias de manera eficaz y eficiente.

## **3. ¿Cuáles son los medios alternos de solución de controversias?**

Es preciso señalar que existen diversos medios de solución de controversias que se

---

<sup>2</sup> Cfr. Gorjón Gómez, Francisco J., Steele Garza, José G. *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. Oxford, México, 2012, p. 14.

aplican en el ámbito nacional e internacional. Como lo establece Ovalle, se encuentran clasificados en *autotutela* que es cuando una de las partes en controversia realiza una acción directa o imposición de una pretensión sobre la otra parte, teniendo como ejemplos la imposición de sanciones administrativas, la huelga o la legítima defensa, entre otros. Los medios alternos de *autocomposición* refieren a cuando una de las partes renuncia a pretensiones o hay una sumisión a la contraparte, siendo unilateral o bilateral, teniendo como ejemplos el desistimiento, el perdón del ofendido y el allanamiento, entre otros. Y por último, la *heterocomposición* es la solución de una controversia por medio de la intervención de un tercero.<sup>3</sup>

Los medios heterocompositivos pueden ser de carácter internacional y los más reconocidos son el arbitraje, el ombudsmán, la mediación, el mini juicio y la evaluación neutral.

En materia nacional, de acuerdo con Peña, los medios alternos más reconocidos y aplicables para dar resultados eficientes en los órganos jurisdiccionales y administrativos son: la negociación, la mediación y la conciliación.<sup>4</sup>

La *negociación* se caracteriza porque puede ser desarrollada con o sin la presencia de un tercero. En la práctica, la mayoría de las veces se lleva de forma previa a la iniciación de un procedimiento por las mismas partes en conflicto. Cuando ya está iniciado el procedimiento, esta figura es aplicada por un tercero para resolver de la mejor manera y lo más pronto posible la controversia. La negociación obtiene resultados con base a la disposición, propuestas y decisiones de las partes, bajo un entorno de beneficio mutuo, generándose así confianza y objetividad entre las mismas.

En la *mediación* las partes son auxiliadas por un tercero ajeno a la controversia, quienes son guiadas con el objeto de que se proporcionen mutuas propuestas, las analicen y busquen una solución en conjunto. La función del mediador es acercar a las partes, crear las condiciones para generar el diálogo entre las mismas y estén en condiciones de tomar decisiones para la solución de la controversia. El proceso de mediación depende de la disposición y voluntad de las partes.

La *conciliación* es una institución jurídica que combina las características de las dos figuras anteriores, esto es que el conciliador tiene facultades para reunir a las partes en conflicto, propiciando el diálogo y la concientización entre las mismas; el conciliador permite que las partes ejerzan su derecho a ser escuchadas en sus planteamientos, a realizar propuestas y tomar decisiones para resolver la controversia; sin embargo, cuando las partes no tienen ningún punto de acuerdo y ya no existe una mayor argumentación ni

---

<sup>3</sup> Cfr. Ovalle Favela, José. *Teoría General del Proceso*. Harla, México, 1994, p. 8.

<sup>4</sup> Peña Gonzáles, Oscar. *Mediación y conciliación extrajudicial*. Flores Editor y Distribuidor México, 2010, p. 44.

alternativas, el conciliador tiene facultades para generar propuestas que puede poner a disposición de los involucrados para que las tomen en consideración y, en su caso, puedan tomar decisiones y resolver lo conducente. En esta vertiente, el conciliador tiene una función más activa e interactiva con las partes, ya que además de generar el vínculo comunicacional, formula propuestas y provoca una concientización entre las partes a través de la argumentación, impulsando la resolución del conflicto lo mejor y lo más pronto posible.

Esta figura requiere capacidad para persuadir, experiencia en la materia de que se trate, así como aptitud para ofrecer alternativas para que las partes tomen decisiones y se llegue a una solución. La conciliación es un instrumento que en la actualidad ha tomado gran auge en todas las disciplinas del derecho, ya que brinda un esquema de acercamiento real y efectivo, técnicas para interactuar y un desempeño argumentativo para lograr la convicción de las partes, además de que permite un mejor control de los asuntos y equilibrio de los intereses.

### III. ¿Qué es MOJACIS?

#### 1. Definición

MOJACIS explica y justifica la aplicación de una justicia alternativa diferente a los modelos tradicionales de impartición y administración de justicia, empleando uno o varios medios alternos para resolución de controversias de forma pacífica, equilibrada y privilegiando el diálogo y comunicación entre los sujetos de una controversia.

Este método es constructivista en razón de que las partes con su disposición, actitudes y propuestas van generando la manera más fácil y sencilla de poder tomar decisiones en conjunto, ejerciendo su derecho de libertad, igualdad y legalidad al momento de resolver un conflicto. Es igualitario en virtud de que las partes tienen los mismos derechos para proponer, decidir y obligarse al cumplimiento de una obligación o reconocimiento de un derecho. Finalmente, tiene un carácter social, toda vez que uno de sus objetivos es generar una concientización entre las partes y en la sociedad de que la única manera de prever la generación de conflictos y la mejor manera de resolverlos es a través de una cultura de paz, de sana convivencia, respeto a los derechos de los demás, una cohabitación armónica y al equilibrio de los intereses de los individuos, de los entes colectivos y de la propia sociedad.

#### 2. Objetivos

En este apartado es importante señalar que el MOJACIS tiene objetivos generales y específicos. Los objetivos generales se subdividen en tres apartados:

- La *administración pública*, ya que tiende a reorientar la función del Estado como regulador de las relaciones entre particulares, pero también las relaciones

del Estado con los particulares. Asimismo, esta regulación para efecto de resolución de controversias debe ser consolidada no sólo de forma controversial a través de procedimientos jurisdiccionales, sino de contemplar la justicia alternativa a través de los medios alternos de solución de controversias que permita que los planes y objetivos de la administración pública sean eficaces en el manejo de los recursos humanos, materiales y económicos, así como dar cumplimiento a los mandatos constitucionales de administración de justicia como lo es el de impartir justicia pronta y expedita;

- La *administración de justicia*, el enfoque del MOJACIS es adecuar las instituciones, procedimientos y formas de resolución de controversias para agilizar los procedimientos y tener una justicia pronta y expedita como lo establece el mandato constitucional;
- Las *partes y abogados*, el MOJACIS genera y difunde la necesidad de una cultura de equilibrio y armonía de intereses en la sociedad, por lo que la aplicación de los diversos medios alternos de solución de controversias para los casos concretos permite la resolución de manera pacífica y con base al dialogo y acercamiento de las partes, promoviendo una política preventiva y correctiva de solución de controversias, además de considerar que establece principios y técnicas para su aplicación, fortaleciendo su naturaleza jurídica en cuanto a las controversias que se van suscitando y que deben de ser resueltas por las partes, apoderados y representantes legales. Lo que implica una reeducación en la forma de cómo litigar y desarrollar los procedimientos de una forma rápida, sencilla y eficaz.

En cuanto a los objetivos específicos, el MOJACIS genera beneficios tanto para las partes en controversia como para los órganos jurisdiccionales y administrativos así como para la sociedad en general, ya que a través de la promoción, aplicación y difusión de una cultura de equilibrio de intereses de forma preventiva y correctiva, permite que se reduzcan los problemas, se generen normas de diálogo permanente y tratamiento de las controversias, prevención de conflictos y resolver lo más rápido posible los ya existentes, ya sea de forma judicial o extrajudicial; se fomentan las relaciones de cooperación entre los diferentes sujetos, organismos públicos y privados que intervienen en la resolución de las controversias. También implica la reducción de gastos, tiempo, control de la forma en que se resuelven los asuntos y reduce de manera significativa la carga de trabajo, lo que nos lleva a ser más eficientes y eficaces en la impartición y administración de justicia.

### **3. Características del aplicador del MOJACIS**

Las características propias del MOJACIS delinean cómo se debe llevar a cabo la aplicación de los medios alternos, las técnicas procedimentales y la actitud de los aplicadores; para la obtención de resultados se debe considerar lo siguiente.

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, NÚMERO 50

Visualizar positivamente las controversias, lo cual implica que el enfoque del aplicador del modelo debe ser siempre encontrar alternativas de solución y generar la interacción con las partes involucradas, que les permita hacer una reflexión de lo que se plantea y concientizarlas de manera permanente respecto de los escenarios que se proponen, señalando los beneficios y las consecuencias de continuar el trámite procesal tradicional o de resolver de forma alternativa.

Que tienen facultades de *autorregulación y autocontrol* del esquema de impartición de justicia alternativa, ya que los aplicadores del MOJACIS deben estar conscientes de que la transmisión de sus beneficios y ventajas es la manera en que las partes pueden resolver la controversia, pues pueden manejar sus tiempos de diálogo, duración de las citas o audiencias, manejo de argumentos y la facultad de tomar decisiones de manera conjunta para resolver el conflicto.

El modelo plantea la *voluntariedad* de las partes debido a que la única manera de llegar a acuerdos, de plantear soluciones y de resolver las diferencias, es *equilibrando los intereses en controversia* y la manera en la que se pueden obtener estos resultados es a través de la disposición y voluntad de las partes, así como del aplicador de los medios alternos.

El aplicador del modelo debe considerar que la *confidencialidad* es un elemento indispensable para crear confianza a las partes, para generar un ambiente de cordialidad y respeto, además de derivar empatía con el objeto de resolver la problemática planteada.

El aplicador del modelo debe imprimir en todo momento la imparcialidad hacia las partes, lo que significa que no debe favorecer a ninguna de ellas con su conducta, propuestas y acciones; generando así un equilibrio y respeto entre las mismas.

La *neutralidad* en el aplicador del medio alterno, implica que no debe tomar partido por ninguna de las partes, en cuanto a sus conductas, acciones o argumentos y no generar ninguna injerencia en los intereses de las mismas.

La *imparcialidad* implica que el aplicador del medio alterno no tenga ningún interés en el objeto del proceso de aplicación, más que el de resolver la controversia.

La *flexibilidad* en el MOJACIS significa la apertura que debe tener el aplicador del medio alterno para saber oír y escuchar y para hablar con las partes, además de considerar la mejor manera de adaptar las propuestas de las mismas a las necesidades planteadas y al marco legal para que estén dotadas sus resoluciones de certeza y seguridad jurídica.

La *oralidad* en la aplicación de los medios alternos resulta fundamental ya que implica el hecho de tener contacto directo con las partes escuchando y formulando razonamientos lógico-jurídicos, pragmáticos y sociales, con la finalidad de que a través de

esos argumentos se encuentren las mejores alternativas de solución y sea lo más pronto posible.

La fundamentación constitucional del modelo la encontramos en el artículo 17, derivándose de este precepto que la justicia debe impartirse de forma pronta y expedita a todo gobernado, privilegiando la forma, los mecanismos y procedimientos que permitan que una controversia sea solucionada a la brevedad posible, evitando violaciones de derechos y protegiendo la dignidad de las personas por medio de los derechos humanos.

#### IV. Principios MOJACIS

Para su integración, aplicación y justificación, relaciona la forma de impartir y administrar justicia, con la aplicación de la estructura de derechos humanos, tratados internacionales, derechos fundamentales y la pronta resolución de los conflictos de forma preventiva o correctiva, por lo que siguiendo los lineamientos de una educación liberal descrita por Vázquez,<sup>5</sup> su proceder es con base en los siguientes principios.

El *principio de igualdad* implica el respetar la dignidad de las partes que se encuentran en controversia, permitiéndoles que en similares condiciones puedan intervenir en la administración de justicia, a través de su disposición para generar comunicación y diálogo permanente que desprenda puntos de vista y argumentaciones que estén a consideración y deriven propuestas de solución, en un estado de concientización y de libertad para tomar las mejores decisiones y resolver lo mejor y más rápido posible la controversia planteada.

El *principio de libertad* opera como un instrumento de respeto a los razonamientos, argumentos, posturas y decisiones de las partes, para generar un equilibrio entre sus intereses teniendo facultades particulares y reguladas por la ley para obtener acuerdos que resuelvan las controversias suscitadas.

El *principio de democracia* es aplicado a través de la estructura y organización que deben tener las partes para entablar una comunicación que les permita entender las problemáticas de cada parte, sus objetivos e intereses y llegar a alternativas de solución que equilibren y satisfagan sus necesidades. A través de este principio las partes en conflicto someten sus diferencias a través de su participación directa o indirecta por medio de sus apoderados o representantes legales buscando acuerdos que resuelvan la situación planteada. Con lo anterior las partes legitiman sus acuerdos ya que son sus propuestas y decisiones las que obtienen una respuesta rápida, sencilla, directa, congruente a sus necesidades y comprometidas con base a su diálogo y participación generando una comunicación permanente y vínculos de colaboración.

---

<sup>5</sup> Cfr. Vázquez, Rodolfo. *Educación Liberal*. Fontamara, México, 1999, pp. 12-13.

El *principio de legalidad* resulta de gran trascendencia, toda vez que las propuestas y decisiones que tomen las partes en la aplicación de los medios alternos, deben ser regulados por los cuerpos normativos de la materia de referencia, así como también deben contemplar un plano de igualdad jurídica, de respeto a sus derechos humanos al momento de llegar a un acuerdo, y contemplar las consecuencias jurídicas que se desprenden de sus decisiones. Lo anterior implica que los acuerdos emitidos deben de ser dentro del marco normativo y sin trasgredir derechos humanos, fundamentales y garantías constitucionales en pro o en perjuicio de alguna de las partes, manteniendo un equilibrio de intereses y resolución de las controversias, dándoles certeza y seguridad jurídica, ya que su voluntad se plasma por escrito, siendo verificada y aprobada por una autoridad.

## **V. Aplicación del MOJACIS de forma interdisciplinaria y multidisciplinaria**

El principal objetivo del MOJACIS es contribuir con una visión diferente de administrar e impartir justicia, cumpliendo el precepto constitucional de administración de justicia pronta y expedita a través de la aplicación de la justicia alternativa, en donde el responsable de la impartición aplique la comunicación y el diálogo, impulse la toma de decisiones y comprometa a las partes a satisfacer sus necesidades y requerimientos en controversia. En este sentido, el MOJACIS representa un instrumento de mejoramiento de la administración de justicia, además de que se plantea una cultura de equilibrio y resolución de controversias con base en el diálogo, la razón y equilibrio de intereses; aspectos que resultan ser cuestionables y difíciles de alcanzar en el esquema tradicional de impartición de justicia en donde el que conoce, tramita y resuelve es un tercero ajeno al conflicto, pero que generalmente carece de sensibilidad y tacto para analizar consciente, vivaz y objetivamente el conflicto planteado, ya que sus elementos solamente se ubican en lo que existe en los expedientes, sin tomar en consideración las conductas de las partes, los razonamientos argumentativos sobre su realidad al momento de que se generó la controversia y la falta de tomar en consideración sus propuestas para remediar las diferencias, derivando que en un procedimiento uno gane y otro pierda, lo que ocasiona descontento, violencia y mayor carga de trabajo para las partes y a los órganos jurisdiccionales que si bien se resuelven los asuntos de forma típicamente legal, no significa que las partes hayan satisfecho sus intereses y desprendan paz y tranquilidad; por lo que el MOJACIS propone a través de la justicia alternativa, que las partes lleguen a una solución de las controversias en donde sean tomados en cuenta, y fijen, delimiten y propongan las propuestas que les permita resolver las diferencias planteadas y lleguen a un equilibrio de intereses, teniendo certeza, paz y tranquilidad.

En este sentido, para su aplicación, el MOJACIS se estructura en los siguientes paradigmas.

### **1. Paradigma constitucional**

El MOJACIS tiene su fundamento principalmente en el artículo 17 de la

Constitución, en relación a la obligación del Estado de proporcionar una justicia pronta y expedita, además de considerar el párrafo VI del artículo 18 respecto a aplicar la justicia alternativa en materia penal, la fracción XIX del artículo 27 en relación a obtener una justicia expedita y honesta en materia agraria, y la fracción XX del artículo 123 en relación a la función conciliatoria a través de los centros de conciliación de las autoridades laborales para la resolución de controversias.

En este sentido es importante señalar que el objetivo del MOJACIS es el de coadyuvar con las instituciones y organismos encargados de la administración de justicia, para agilizar la resolución de los conflictos, para aplicar una nueva forma de acceder a la impartición de justicia, además de promover una cultura de equilibrio de intereses procurando ante todo el diálogo y la participación de las partes en conflicto.

## 2. Paradigma cultural

El objetivo del MOJACIS se aborda en tres aspectos: procesal, visión del abogado, y argumentación.

En cuanto al aspecto *procesal*, el modelo en su aplicación promueve la rapidez y celeridad en la resolución de los conflictos a través de la intervención de las partes, por medio de la comunicación entre las mismas, sus propuestas y toma de decisiones, apoyados en algunas ocasiones de un tercero ajeno al conflicto, resuelvan a la brevedad y lo más rápido posible la controversia planteada, manteniendo un clima de respeto y de equilibrio de sus intereses.

En relación al aspecto *visión del abogado*, se enfoca a que las partes por su naturaleza y facultad, deben y pueden intervenir de manera directa para la resolución de sus controversias, pero para el caso de que alguna de las partes o ambas se encuentren representadas, sus apoderados o representantes legales deben tener una cultura de diálogo, la disposición de generar propuestas para la solución de los asuntos y las facultades para la toma de decisiones, esto generaría una mayor celeridad en los procedimientos, certeza y seguridad jurídica. En este sentido, el apoderado o representante legal debe ser un promotor de la cultura del equilibrio de intereses que proteja y respalde a sus representados, pero que también coadyuve con una impartición y administración de justicia pronta y expedita.

En cuanto a la *argumentación*, el aplicador de los medios alternos deberá realizar propuestas con base en el conocimiento adquirido de forma teórica y práctica en la materia que se trate para que pueda medir y anticipar el alcance de sus afirmaciones, así como el de tomar en consideración que lo que se proponga será la base de creación de derechos y obligaciones para la resolución de un conflicto, por lo que resulta de gran trascendencia que las personas aplicadoras de los medios alternos acrediten tener conocimiento y experiencia suficientes para llevar a cabo una adecuada representación legal y la salvaguarda de los derechos e intereses de las partes.

El nivel argumentativo no sólo implica razonamientos lógico jurídicos externados de manera verbal, sino que deben llevar una argumentación aritmética con lo cual se traduzca la cuantificación de los derechos y obligaciones que se encuentran en controversia y permita una solución más exacta, rápida y expedita de los asuntos; lo que resulta ser una base indispensable para aplicación de un medio alternativo para derivar propuestas de solución.

Asimismo, es importante señalar que en el aspecto cultural la creatividad es una característica que debe de aportar todo aplicador de medios alternos, ya que resulta ser un instrumento de gran trascendencia al momento en que se desarrollan las técnicas de solución de conflictos, el manejo de propuestas y la forma en que son externados los argumentos lógico-jurídicos-económicos, por lo que entre más sensibilidad y tacto se aplique, mejor resultado se obtendrá.

### **3. Paradigma político-administrativo**

En cuanto a este aspecto, el paradigma va orientado a que la aplicación de los medios alternos se despliega en dos sentidos: el primero en un *aspecto preventivo* que consiste en que las partes involucradas en una controversia puedan generar un diálogo cordial y de respeto, haciéndose mutuamente propuestas y tratando de equilibrar sus intereses que les dé como resultado un acuerdo, sin la necesidad de que vayan ante un órgano jurisdiccional o administrativo a tramitar un procedimiento de manera forzosa, privilegiando la voluntad y disposición de las partes; y sobre todo lo que hayan generado los sujetos que intervienen en un marco de legalidad.

Por otra parte, el paradigma va orientado también a lo *correctivo*, que es cuando ya se encuentra iniciado un procedimiento y las partes se encuentran en disposición y externan su voluntad de querer solucionar las controversias planteadas, sin la necesidad de llevar a cabo el desahogo de todas las etapas de un procedimiento, reduciendo tiempos, costos y asegurando un resultado.

### **4. Paradigma re-educativo**

Este paradigma contempla la visión con la cual se debe mejorar la administración e impartición de justicia.

Tradicionalmente el enfoque de las partes involucradas en una controversia estaba orientada a generar litigios permanentes y muchos de ellos sin ningún objetivo en particular, derivándose de causas totalmente ajenas al conflicto, la forma tradicional de tramitar un procedimiento se caracteriza por hacerlo extenso y complicado. En este sentido, el MOJACIS plantea la necesidad de que la visión racional de los sujetos que intervienen en la aplicación de un medio alternativo sea orientada a un plano en donde tengan y aporten su voluntad y disposición para realizar una correcta interacción entre las mismas, generándose alternativas de solución. Es decir, el paradigma reeducativo se

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, NÚMERO 50

encuentra ubicado en los perfiles que deben tener los sujetos que participan en su aplicación, ya que mediante su disposición y voluntad para solucionar los conflictos se desprende la base de un respeto mutuo, cordialidad y diálogo en los mismos, para esto debe tener plena concientización de los beneficios que implican los medios alternos de solución de controversias y la forma en cómo generar una conducta de tacto y sensibilidad para dar un ambiente de confianza, credibilidad y certeza jurídica. Los involucrados deben buscar las mejores técnicas para llevar a cabo la resolución de cualquier conflicto para generar un equilibrio de intereses y propiciar una sana convivencia y cohabitación de los individuos.

Por lo que los aplicadores de los medios alternos deben tener características particulares para la difusión y aplicación del MOJACIS, además de considerar que la orientación, voluntad y disposición de la cultura social para la aplicación de un medio alternativo debe de ser eficaz, sencilla y eficiente.

Para garantizar la correcta aplicación de los medios alternos en la solución de controversias, es importante enfocarnos en que los aplicadores de los medios deben reunir características que les permitan manejo y control de situaciones en los asuntos en que se involucran los conflictos de intereses. Lo que implica que debemos de enfocarnos en el reclutamiento y capacitación de perfiles de sujetos con características que nos permitan derivar credibilidad, confianza y certeza jurídica a las partes.

De forma enunciativa se hace un listado en los siguientes términos:

<b>Características del perfil del aplicador de medios alternos de solución de controversias</b>	
<b>1.- Disposición</b>	<b>9.- Confiable</b>
<b>2.- Flexible</b>	<b>10.- Creativo</b>
<b>3.- Neutral</b>	<b>11.- Perseverante</b>
<b>4.- Imparcial</b>	<b>12.- Sensible a las necesidades e intereses</b>
<b>5.- Honestidad</b>	<b>13.- Conocedor del conflicto</b>
<b>6.- Intuitivo</b>	<b>14.- Paciente</b>
<b>7.- Empático</b>	<b>15.- Confidencialidad</b>
<b>8.- Especialista en la materia de aplicación</b>	<b>16.- Sentido del humor</b>

En este sentido, el objetivo del MOJACIS es llevar a cabo una aplicación correcta y completa de los medios alternos de solución de controversias a través de aplicadores especializados, con un amplio conocimiento y manejo de conflictos, con lo que se agilicen los procedimientos y se dé solución de manera pronta y expedita.

En esta tesitura, es importante resaltar que para que el aplicador genere la comunicación y confianza entre las partes en controversia, se requiere el desarrollo de habilidades que serán indispensables para la aplicación de los medios alternos y así

propiciar una solución.

El aplicador de medios alternos de solución de controversias debe desarrollar los siguientes aspectos enunciativos:

<b>Habilidades del perfil del aplicador de medios alternos de solución de controversias</b>	
<b>1.- Saber Escuchar</b>	<b>5.- Generar Empatía</b>
<b>2.- Crear cercanía y confianza</b>	<b>6.- Utilización de Lenguaje Asertivo</b>
<b>3.- Permanecer Neutral</b>	<b>7.- Aportar Alternativas de Solución</b>
<b>4.- Generar Vínculo Comunicacional</b>	<b>8.- Brindar Certeza y Seguridad</b>

Lo anterior resulta indispensable para que el aplicador de medios alternos pueda generar la interacción entre las partes y tengan la disposición y voluntad de derivar propuestas que resuelvan la problemática planteada.

## **VI. Técnicas de aplicación**

El aplicador de los medios alternos de solución de controversias además de desarrollar las capacidades y habilidades mencionadas, también resulta indispensable, como lo expresa Budjac,<sup>6</sup> que lleve a cabo la implementación de técnicas que le permitan interactuar con las partes, que las partes interactúen entre sí mismas y que éstas interactúen con el aplicador de los medios alternos.

Existen diversas técnicas en el ejercicio profesional, siendo las más recomendables las siguientes.

**Separación de partes.** Esta técnica consiste en que los involucrados en una controversia sean atendidos y escuchados de forma independiente, en un escenario en donde no tengan contacto visual ni auditivo, con la finalidad de facilitar la comunicación de manera autónoma e independiente con el aplicador del medio alternativo y de esta forma realizar el trabajo de sensibilización y concientización con cada una de ellas.

**Confrontación.** Permite escuchar de forma directa los planteamientos y apreciaciones que son de interés para las partes en controversia, permitiéndole al aplicador del medio alternativo generar un ambiente de cordialidad y respeto, propiciando el diálogo y entendimiento para que los involucrados aporten propuestas recíprocas y puedan encontrar una solución para tal efecto.

**Mixto.** Este esquema le da la posibilidad al aplicador del medio alternativo de darle una mayor atención a las partes en la formulación de sus planteamientos, ya sea de

---

<sup>6</sup> Budjac Corvette, Bárbara A. *Técnicas de Negociación y Resolución de Conflictos*. Pearson, México, 2011, pp. 2.

manera directa o indirecta, ya que permite aplicar primero la separación de partes y posteriormente realizar la confrontación o viceversa, lo anterior con el objetivo de que se generen alternativas de solución con movilidad y eficacia.

Es importante señalar que la decisión de aplicar alguna de las técnicas descritas con anterioridad, dependerá del análisis realizado por el aplicador del medio alternativo al momento en que tiene contacto con las partes, visualizando su estado de ánimo, su disposición y voluntad para generar un diálogo directo o en su caso de forma indirecta.

## **VII. Conclusiones**

El MOJACIS tiene por objeto crear y difundir una cultura de paz de forma social, que permita una cohabitación entre todos los individuos, entes colectivos y sociedad, generando un equilibrio de intereses mediante la concientización, voluntad y disposición.

Este método promueve la justicia alternativa como una de las formas en que las partes en controversia puedan resolver sus diferencias de forma rápida, eficaz y eficiente; ya sea de forma independiente o con la intervención de un tercero. Para alcanzar sus objetivos emplea diversos mecanismos, sin embargo, derivado de la reforma constitucional del 2011, analiza y aplica de forma específica la negociación, la mediación y la conciliación.

El MOJACIS promueve en su aplicación solución de controversias lo mejor y lo más rápido posible, lo que deriva en que las partes en controversias y los organismos jurisdiccionales y administrativos se vean beneficiados reduciendo tiempos, recursos, agendas, carga de trabajo y se garanticen los resultados, aportando seguridad y certeza.

El método tiene su fundamento en la reforma constitucional de 2011, mediante la cual las partes en controversia, aplican los medios alternos dentro de juicio o fuera de juicio, garantizando el respeto de sus derechos humanos, derechos fundamentales y sus garantías constitucionales.

El MOJACIS establece cuatro grandes paradigmas: el constitucional, político-administrativo, cultural y re-educativo; los cuales sirven para propiciar la aplicación de la cultura de los medios alternos en todos los ámbitos de interacción del individuo.

Para su correcta aplicación, el método especifica los perfiles, características y habilidades que deben tener los aplicadores de medios alternos para un mayor entendimiento y obtención de resultados. El MOJACIS señala como técnicas más comunes la confrontación, la separación de las partes y el sistema mixto, para que en su desarrollo le permitan al aplicador del medio alternativo, interactuar con las partes, concientizarlas y democratizar las alternativas de solución mediante su participación activa en la solución de las controversias.

## VIII. Referencias

### Bibliográficas

Budjac Corvette, Bárbara A. *Técnicas de Negociación y Resolución de Conflictos*. Pearson, México, 2011, pp. 2.

Gorjón Gómez, Francisco J. y Steele Garza, José G. *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. Oxford, México, 2012.

Ovalle Favela, José. *Teoría General del Proceso*. Harla, México, 1994.

Peña Gonzáles, Oscar. *Mediación y conciliación extrajudicial*. Flores Editor y Distribuidor México, 2010.

Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 2012.

Vázquez, Rodolfo. *Educación Liberal*. Fontamara, México, 1999.

### Normativa nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

**LA CADUCIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO PARTE DEL DEBIDO PROCESO. COMENTARIOS A LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 361/2016 RESUELTA POR EL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

EXPIRATION AND PRESCRIPTION IN ADMINISTRATIVE PENALTY LAW AS PART OF DUE PROCESS. COMMENTS ON THE CONTRADICTION OF THESIS 361/2016 RENDERED BY THE PLENARY OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF NATION

Adán Maldonado Sánchez\*\*

**RESUMEN.** En la contradicción de tesis 361/2016, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la fracción III del artículo 21 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, debe leerse de manera sistemática y conjunta con el artículo 34 del mismo cuerpo normativo, determinando la inaplicabilidad de la caducidad y concluyendo que el único límite a las facultades punitivas de la autoridad sancionadora es la prescripción, si no dicta la resolución correspondiente dentro del plazo de 45 días ni su respectiva ampliación, una vez cerrada la instrucción en el procedimiento administrativo sancionador.

**PALABRAS CLAVE.** Caducidad, derecho administrativo sancionador, plazo razonable, prescripción.

**ABSTRACT.** In the contradiction of thesis 361/2016, the Plenary of the Supreme Court of Justice determined that section III of article 21 of the Federal Law of Administrative Responsibilities of Public Servants, must be read systematically, alongside article 34, determining the inapplicability of the established expiration, and concluding that the only limit to the punitive powers of the authority is prescription, if the resolution is not rendered within 45 days or the applicable extension, once the instruction in the sanctioning administrative proceeding is closed.

**KEYWORDS.** Administrative sanctioning proceeding, expiration, prescription, procedural due process in administrative law, reasonable time.

**Fecha de recepción:** 29 de marzo de 2019.

**Fecha de aceptación:** 27 de mayo de 2019.

---

\*\* Candidato a Maestro en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Panamericana (Ciudad de México); Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales con *Mención Honorífica*, por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; Obtuvo el "Premio Padre de la Patria" que otorga la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo por desempeño académico; Trabajó en la Suprema Corte de Justicia de la Nación adscrito a la Ponencia del Ministro Góngora Pimentel. Es miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Correo electrónico: [adan.maldonado@hotmail.com](mailto:adan.maldonado@hotmail.com); Twitter: @adanmaldonado.

**SUMARIO.** I. Los componentes del derecho administrativo sancionador; II. La caducidad y la prescripción en el derecho administrativo; III. Análisis de la Contradicción de Tesis 361/2016 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el debido proceso (plazo razonable; seguridad y certeza jurídicas); IV. Conclusiones.

## **I. LOS COMPONENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Góngora Pimentel ha señalado que el *derecho administrativo sancionador* estudia lo relativo a la potestad sancionadora de la administración pública dentro de la estructura centralizada, paraestatal y órganos constitucionalmente autónomos, cuya facultad implica la acción punitiva del Estado (*ius puniendi*), dentro del ámbito de las materias ambiental, los delitos de responsabilidad patrimonial, las infracciones en materia tributaria o aduanera,<sup>1</sup> sólo por citar algunas. En este sentido, Góngora Pimentel cita a Ossa, quien define al derecho administrativo sancionador como:

[...] una atribución propia de la administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y aún a los funcionarios que infringen sus disposiciones, o a sus servidores que, en el ejercicio de sus funciones, transgreden sus mandatos o desconocen sus prohibiciones.

Es importante señalar que la naturaleza jurídica y alcances de la facultad punitiva del Estado en el ámbito administrativo difieren de las derivadas del derecho penal, sin embargo, ello no excluye que se adopten diversos principios y pautas del derecho penal, atendiendo a que “la noción de pena o sanción no es exclusiva del derecho penal, ya que el tema mismo de ilícito surge en diferentes áreas jurídicas: civil, administrativa, mercantil, etc.” Sobre esta afirmación el Pleno y la Segunda Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación [en adelante SCJN] han sostenido los siguientes criterios jurisprudenciales:

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO. De un análisis integral del régimen de infracciones administrativas, se desprende que el derecho administrativo sancionador posee como objetivo garantizar a la

---

<sup>1</sup> Góngora Pimentel, G D. “El reconocimiento del derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia constitucional mexicana”, en Ferrer Mac-Gregor, E, Zaldívar Lelo de Larrea, A (Coords.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. T. XII, México, IJ-UNAM, 2008, pp. 257-261.

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, NÚMERO 50

colectividad en general, el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas, utilizando el poder de policía para lograr los objetivos en ellas trazados. En este orden de ideas, la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos. Ahora bien, dada la similitud y la unidad de la potestad punitiva, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador puede acudir a los principios penales sustantivos, aun cuando la traslación de los mismos en cuanto a grados de exigencia no pueda hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. Desde luego, el desarrollo jurisprudencial de estos principios en el campo administrativo sancionador -apoyado en el Derecho Público Estatal y asimiladas algunas de las garantías del derecho penal- irá formando los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado, sin embargo, en tanto esto sucede, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal.<sup>2</sup>

NORMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. PARA QUE LES RESULTEN APLICABLES LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN AL DERECHO PENAL, ES NECESARIO QUE TENGAN LA CUALIDAD DE PERTENECER AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. En la Jurisprudencia P./J. 99/2006, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue contundente en precisar que tratándose de las normas relativas al procedimiento administrativo sancionador, es válido acudir a las técnicas garantistas del derecho penal, en el entendido de que la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible cuando resulten compatibles con su naturaleza. En ese sentido, para que resulten aplicables las técnicas garantistas mencionadas, es requisito indispensable que la norma de que se trate esté inmersa en un procedimiento del derecho administrativo sancionador, el cual se califica a partir de la existencia de dos condiciones: a) que se trate de un

---

<sup>2</sup> SCJN. Jurisprudencia P./J. 99/2006, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1565. Registro IUS 174 488.

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, NÚMERO 50

procedimiento que pudiera derivar en la imposición de una pena o sanción (elemento formal); y, b) que el procedimiento se ejerza como una manifestación de la potestad punitiva del Estado (elemento material), de manera que se advierta que su sustanciación sea con la intención manifiesta de determinar si es procedente condenar o sancionar una conducta que se estima reprochable para el Estado por la comisión de un ilícito, en aras de salvaguardar el orden público y el interés general; es decir, ese procedimiento debe tener un fin represivo o retributivo derivado de una conducta que se considere administrativamente ilícita. Sobre esas bases, no basta la posibilidad de que el ejercicio de una facultad administrativa pueda concluir con el establecimiento de una sanción o infracción, sino que se requiere de manera concurrente que su despliegue entrañe una manifestación de la facultad punitiva del Estado, esto es, que el procedimiento tenga un marcado carácter sancionador como sí ocurre, por ejemplo, con los procedimientos sancionadores por responsabilidades administrativas de los servidores públicos.<sup>3</sup>

En este sentido, es relevante reconocer e identificar los derechos y garantías constitucionales derivados de esta rama del derecho administrativo, ya que de ello depende la correcta función y delimitación de las facultades punitivas del Estado, máxime que *la capacidad sancionadora administrativa puede ser superior a la propia del derecho penal*, en razón de que las sanciones administrativas pueden ser carentes de proporcionalidad en franca violación al artículo 22 constitucional y de otros derechos fundamentales. Así, los principios que han sido reconocidos tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia son los siguientes: (i) principio de legalidad<sup>4</sup>(modulado);<sup>5</sup> (ii) principio de *no reformatio in pejus*; (iii) principio de presunción de inocencia; (iv) debido proceso;<sup>6</sup> (v) principio de proporcionalidad;<sup>7</sup> (vi) principio de no retroactividad de la ley;

---

<sup>3</sup> SCJN. Jurisprudencia 2a./J. 124/2018, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 60, t. II, noviembre de 2018, p. 897. Registro IUS 2 018 501.

<sup>4</sup> Tesis I.1o.A. J/4, Tribunal Colegiado de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 15, t. III, febrero de 2015, p. 2168, de rubro: ACUERDO DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN DE LA POLICÍA FEDERAL. PARA RESPETAR LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEBIDO PROCESO DEBE HACERSE CONSTAR EN ESE DOCUMENTO, CUÁLES SON LOS HECHOS O CONDUCTAS QUE DAN ORIGEN AL PROCEDIMIENTO, ESTO ES, LOS EXÁMENES DE CONTROL DE CONFIANZA NO APROBADOS. Registro IUS 2 008 560.

<sup>5</sup> Si bien es cierto no constituye Jurisprudencia, es importante hacer mención del referido criterio: SCJN. Tesis 1a. CCCXVI/2014, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 10, t. I, septiembre de 2014, p. 572. Registro IUS 2 007 406.

<sup>6</sup> Tesis VII.2o.P. J/5, Tribunal Colegiado de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, mayo de 2002, p. 971, de rubro: DEFENSA, GARANTÍA DE. ES DE MAYOR RANGO AXIOLÓGICO QUE LA DE OBTENCIÓN DE UNA SENTENCIA EN BREVE LAPSO. Registro IUS 186 964; Jurisprudencia 1a./J. 11/2014, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 3,

(vii) principio de *nulla poena sine lege*;<sup>8</sup> (viii) principio de caso fortuito; (ix) principio de favorabilidad; (x) principio de *non bis in ídem*; (xi) principio de prohibición de la analogía; (xii) principio de reserva de ley,<sup>9</sup>(modulado);<sup>10</sup> (xiii) principio *in dubio pro-reo*; (xiv) principio de igualdad ante la ley; y (xv) principios de publicidad, contradicción y control jurisdiccional.

---

febrero de 2014, t. I, p. 396, de rubro: DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Registro IUS 2 005 716; Tesis I.14o.T. J/3, Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 63, t. III, febrero de 2019, p. 2478, de rubro: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU RELACIÓN CON LOS FORMALISMOS PROCESALES. Registro IUS 2 019 394; Jurisprudencia PC.II.P. J/1 P, Pleno de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 29, t. II, abril de 2016, p. 1622., de rubro: DEFENSA ADECUADA. EN LA IMPOSICIÓN DE CORRECCIONES DISCIPLINARIAS POR INFRACCIÓN AL REGLAMENTO DE LOS CENTROS FEDERALES DE READAPTACIÓN SOCIAL, AL DERIVAR DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DISTINTO AL PROCESO PENAL, ES INNECESARIO QUE EL PROBABLE INFRACTOR ESTÉ ASISTIDO POR DEFENSOR PÚBLICO O PRIVADO. Registro IUS 2 011 404; y Tesis 2a. LVII/2009, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIX, junio de 2009, p. 319, de rubro: RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 64 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE PREVÉ EL PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS, NO SE RIGE POR EL NUMERAL 20, APARTADO B, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Registro IUS 167 071.

<sup>7</sup> Tesis 1a. LXXXVI/2008, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 210, de rubro: RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 37, TERCER PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIOLA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES. Registro IUS 168 797; Tesis 2a. II/2009, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIX, febrero de 2009, p. 473, de rubro: RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 13 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA RESPETA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES. Registro IUS 167 843; Tesis 2a. XX/2009, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, marzo de 2009, p. 477, de rubro: RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 81, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 13 DE MARZO DE 2002 EN EL ÁMBITO FEDERAL, VIOLA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES. Registro IUS 167 635; y Tesis 1a. XLVI/2013, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, Libro XVII, febrero de 2013, p. 842, de rubro: RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VULNERA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES ECONÓMICAS. Registro IUS 2 002 903.

<sup>8</sup> Tesis 2a. CLXXXIII/2001, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, septiembre de 2001, p. 718, de rubro: RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EN LA LEY FEDERAL RELATIVA TAMBIÉN SE RIGEN POR EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY QUE IMPERA EN LAS DE CARÁCTER PENAL, AUN CUANDO SEAN DE DIVERSA NATURALEZA. Registro IUS 188 745.

<sup>9</sup> Tesis 1a. CLXI/2017, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, Libro 48, noviembre de 2017, p. 453, de rubro: LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 8o., FRACCIÓN XXIV, NO VULNERA LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y RESERVA DE LEY. Registro IUS 2 015 627.

<sup>10</sup> Si bien es cierto no constituye jurisprudencia, es importante hacer mención del referido criterio: SCJN. Tesis 1a. CCCXVI/2014, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 10, t. I, septiembre de 2014, p. 572. Registro IUS 2 007 406.

Asimismo, resultan aplicables las categorías penales: (i) culpabilidad; (ii) imparcialidad; y (iii) tipicidad,<sup>11</sup> tipos administrativos (modulado).<sup>12</sup>

La aplicación de tales principios y categorías debe *matizarse* en razón de características propias del derecho administrativo, como son la discrecionalidad, la creación de reglamentos, y la variación de los ordenamientos en razón de la inestabilidad de algunas políticas públicas que en ocasiones contemplan sanciones o medidas disciplinarias. Asimismo, reconociendo que cada principio tiene vertientes cuya interpretación debe adecuarse al caso concreto, sin que esto implique la fractura de la armonía constitucional. En tal sentido, se pronunció el Pleno del Alto Tribunal en el siguiente criterio jurisprudencial:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, CON Matices o MODULACIONES. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada P. XXXV/2002, sostuvo que, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008), deriva implícitamente el principio de presunción de inocencia; el cual se contiene de modo expreso en los diversos artículos 8, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de ahí que, al ser acordes dichos preceptos -porque tienden a especificar y a hacer efectiva la presunción de inocencia-, deben interpretarse de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados la interpretación más favorable que permita una mejor impartición de justicia de conformidad con el numeral 1° constitucional. Ahora bien, uno de los principios rectores del derecho, que debe ser aplicable en todos los

---

<sup>11</sup> SCJN. Jurisprudencia P./J. 101/2006, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1666, de rubro: TIPICIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY DE INGRESOS PARA EL MUNICIPIO DE OCOZOCOAUTLA DE ESPINOSA, CHIAPAS, PARA 2006, QUE REMITE ERRÓNEAMENTE A DIVERSO PRECEPTO PARA CONOCER LA INFRACCIÓN, TRANSGREDE AQUEL PRINCIPIO. Registro IUS 174 327; y Jurisprudencia P./J. 100/2006, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1667, de rubro: TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Registro IUS 174 326.

<sup>12</sup> Si bien es cierto no constituye jurisprudencia, es importante hacer mención del referido criterio: SCJN. Tesis 1a. CCCXVI/2014, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 10, t. I, septiembre de 2014, p. 572. Registro IUS 2 007 406.

procedimientos de cuyo resultado pudiera derivar alguna pena o sanción como resultado de la facultad punitiva del Estado, es el de presunción de inocencia como derecho fundamental de toda persona, aplicable y reconocible a quienes pudiesen estar sometidos a un procedimiento administrativo sancionador y, en consecuencia, soportar el poder correctivo del Estado, a través de autoridad competente. En ese sentido, el principio de presunción de inocencia es aplicable al procedimiento administrativo sancionador -con matices o modulaciones, según el caso- debido a su naturaleza gravosa, por la calidad de inocente de la persona que debe reconocérsele en todo procedimiento de cuyo resultado pudiera surgir una pena o sanción cuya consecuencia procesal, entre otras, es desplazar la carga de la prueba a la autoridad, en atención al derecho al debido proceso.<sup>13</sup>

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEBE MODULARSE EN ATENCIÓN A SUS ÁMBITOS DE INTEGRACIÓN. El ámbito constitucionalmente legítimo de participación de la autoridad administrativa en los procesos de producción jurídica en el derecho administrativo sancionador, debe determinarse por referencia a los imperativos de tres valores en juego, a saber: 1) el control democrático de la política punitiva (reserva de ley); 2) la previsibilidad con la que han de contar las personas sobre las consecuencias de sus actos; y, 3) la proscripción de la arbitrariedad de la autoridad (ambas vertientes del principio de tipicidad). Así, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación suscribe la premisa de que los componentes del principio de legalidad no pueden tener un grado de exigencia idéntico en todos los ámbitos del derecho citado, sino que han de modularse de acuerdo con la función desempeñada por el Estado, por lo que para determinar el balance debido es necesario establecer en qué terreno se encuentra la materia de escrutinio constitucional y cuáles son los elementos diferenciados a considerar. Ahora bien, de una lectura íntegra de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que, al menos, existen cinco ramas del derecho referido, sin que ello implique que no puedan aceptarse posteriormente nuevas manifestaciones: 1) las sanciones administrativas a los reglamentos de policía, del artículo 21 constitucional; 2) las sanciones a que están sujetos los servidores públicos, así como quienes tengan control de recursos públicos, en

---

<sup>13</sup> SCJN. Jurisprudencia P./J. 43/2014, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 7, t. I, junio de 2014, p. 41. Registro IUS 2 006 590.

términos del Título Cuarto de la Constitución Federal; 3) las sanciones administrativas en materia electoral; 4) las sanciones a que están sujetos los agentes económicos y operadores de los mercados regulados en el contexto de la planificación económica y social del Estado; y, 5) una categoría residual, donde se prevén las sanciones a que están sujetos los particulares con motivo de una actividad de interés público regulado administrativamente (aduanero, inmigración, ambiental, entre otros). Este listado no tiene el fin de establecer los únicos ámbitos integrantes del derecho administrativo sancionador, pero sí evidencia los que han sido explorados en la jurisprudencia, en que se han fijado distintos balances de acuerdo a los elementos normativos y jurisprudenciales que definen una naturaleza propia que, por ejemplo, en el caso de las sanciones administrativas establecidas en los reglamentos, ha llevado a concluir que no es aplicable el principio de reserva de ley, pero sí el de tipicidad, a diferencia del ámbito donde el Estado se desempeña como policía, en el que los tres principios exigen una aplicación cercana a la exigida en materia penal. Entre ambos extremos, cabe reconocer ámbitos intermedios, donde el Estado desempeña un papel regulador en el que los tres valores adquieren una modulación menor al último pero mayor al primero, pues se permite la integración de los tipos administrativos con fuentes infralegales, pero siempre bajo los lineamientos generales establecidos en las leyes. Por tanto, el grado de exigencia del principio constitucional de legalidad exige un ejercicio previo de reconocimiento del ámbito donde se ubica la materia de estudio.<sup>14</sup>

LAS INFRACCIONES FISCALES SE RIGEN POR LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y POR LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL, EN LO QUE RESULTEN APLICABLES. Las infracciones fiscales constituyen la vulneración del conjunto de normas que regulan el cumplimiento de las obligaciones fiscales, mientras que las violaciones fiscales se refieren a los preceptos que impongan deberes formales o sustanciales, por lo que su única diferencia se encuentra en la sanción aplicable, ya sean penas pecuniarias o privativas de libertad, lo cual determina que se esté en presencia de una infracción o de un delito. En esta línea de ideas, resulta evidente que las sanciones establecidas en el Código Fiscal de la Federación para el incumplimiento de una obligación formal o sustancial guardan una gran similitud con las

---

<sup>14</sup> SCJN. Tesis 1a. CCCXVI/2014, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 10, t. I, septiembre de 2014, p. 572. Registro IUS 2 007 406.

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, NÚMERO 50

penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; de lo que se sigue que la infracción fiscal propiamente establecida por el legislador por el incumplimiento de las obligaciones formales debe atender a los principios del derecho administrativo sancionador y, en la medida que resulten aplicables a las garantías del derecho penal.<sup>15</sup>

Sobre la modulación de los principios e instituciones del derecho penal aplicados en el derecho administrativo sancionador, la Primera Sala de la SCJN ha establecido que los componentes del principio de legalidad *no pueden tener un grado de exigencia idéntico en todos los ámbitos del derecho administrativo sancionador*, sino que han de modularse de acuerdo con la función desempeñada por el Estado, por lo que para determinar el *balance debido* es necesario establecer en qué terreno se encuentra la materia de escrutinio constitucional y cuáles son los elementos diferenciados a considerar. Añade la Primera Sala que el derecho administrativo sancionador se divide en cinco ramas, con la posibilidad de incorporar otras:

1. Las sanciones administrativas a los reglamentos de policía, del artículo 21 constitucional (estándar original del principio de legalidad);<sup>16</sup>
2. Las sanciones a que están sujetos los servidores públicos, así como quienes tengan control de recursos públicos, en términos del Título Cuarto de la Constitución Federal (se permite que haya un desarrollo infralegal: distintas fuentes jurídicas);
3. Las sanciones administrativas en materia electoral (fuentes legales y fuentes administrativas);
4. Las sanciones a que están sujetos los agentes económicos y operadores de los mercados regulados en el contexto de la planificación económica y social del Estado (Estado regulador); y,
5. Una categoría residual, donde se prevén las sanciones a que están sujetos los particulares con motivo de una actividad de interés público regulado administrativamente: aduanero, inmigración, ambiental, entre otros (Estado regulador).

Para justificar estas ramas del derecho administrativo sancionador, la Primera Sala expresamente señaló en el ADR 3508/2013 (párrafos 103 y 158):

---

<sup>15</sup> SCJN. Tesis 1a. XXVII/2007, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, febrero de 2007, p. 652. Registro IUS 173 256.

<sup>16</sup> Desarrollado en las consideraciones de la acción de inconstitucionalidad 4/2006. Aquí el principio de legalidad es en escala mínima, mientras que el de tipicidad en alta.

[...] el principio de legalidad —y sus dos *sub-principios de reserva de ley y de tipicidad*— no pueden tener un idéntico grado de exigencia en todos los ámbitos del derecho administrativo sancionador, sino que debe adaptarse al contexto jurídico en que cobre aplicación, en otras palabras, el principio constitucional modula su grado de exigencia dependiendo si la función del Estado es de fiscalización, vigilancia o equivalente (Estado policía) o si el Estado desempeña una función de planificación o regulación de ciertos sectores, en términos generales, del mercado o de una actividad social para la realización de ciertos fines de interés público (Estado regulador), para lo cual se establece un esquema regulatorio general, dentro del que la rama sancionadora es un instrumento más al servicio de esos fines regulatorios.

[...] en otras palabras, los modelos de Estado policía y de Estado regulador no son excluyentes, sino que coexisten y dan lugar a la existencia de distintas modalidades del derecho administrativo sancionador, a los cuales se acomodan los principios constitucionales, por lo que, se insiste, del área específica del derecho administrativo sancionador depende la modulación específica del principio de legalidad.

En síntesis, tratándose de órganos constitucionalmente autónomos (Estado regulador) y que cuenten con facultad de emisión y construcción de su marco regulatorio, podrá modularse el principio de legalidad (*en sus subprincipios: reserva de ley y tipicidad*) si las infracciones y sanciones se consignan en normas reglamentarias y no así en normas formal y materialmente legislativas.<sup>17</sup>

## II. LA CADUCIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La figura de la *prescripción* es la pérdida o la adquisición de un derecho por el transcurso del tiempo, siempre y cuando dicho derecho sea exigible; mientras que la *caducidad*, es la extinción de una facultad o de una acción que se configura de igual manera por el simple transcurso del tiempo.

Sobre estas figuras, las reglas para computar el plazo son de suma relevancia, dado que *ambas se actualizan por el simple transcurso del tiempo*, es decir, su esencia atiende a la temporalidad. En tal sentido, el Pleno de la SCJN en la Contradicción de Tesis 361/2016, [en adelante CT 361/2016]<sup>18</sup> en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ha

---

<sup>17</sup> Esta afirmación se aprecia del párrafo 90 de la ejecutoria del Amparo Directo en Revisión. Resuelto por la Segunda Sala de la SCJN.

<sup>18</sup> Resuelta por el Pleno en sesión pública el 13 de agosto de 2018. Jurisprudencia 2a./J. 85/2006, Segunda

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, NÚMERO 50

hecho ver las imprecisiones del legislador para distinguir entre ‘suspensión’ e ‘interrupción’, que se corresponden con la prescripción y a la caducidad respectivamente, es decir, los efectos suspensivos son propios de la prescripción; mientras que la interrupción acompaña a la caducidad.

Lo anterior es así, porque una vez suspendido el término para la prescripción, deberá *reiniciarse únicamente por el remanente que corresponda*; mientras que, para el caso de la caducidad de haberse interrumpido el plazo, el mismo *habrá de computarse de nueva cuenta en su totalidad*. En palabras del Pleno de la SCJN:

[...] se advierte que el legislador confunde los términos de las figuras de caducidad y prescripción. Por su parte, también se advierte que el legislador confunde el concepto de suspensión, con el de interrupción, al señalar que: “la prescripción se interrumpirá al iniciarse los procedimientos previstos por la Ley. Si se dejare de actuar en ellos, la prescripción empezará a correr nuevamente desde el día siguiente al que se hubiere practicado el último acto procedimental”, está haciendo alusión a las reglas de la suspensión, ya que el hecho de que se señale que el plazo se reanuda, ello sólo es posible en la figura de la suspensión y no en la terminación del plazo.

[...] En efecto, el [...] artículo 34 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos refiere que las facultades sancionatorias de la autoridad prescriben generalmente en el plazo de tres años y, en caso de infracciones graves en cinco años, el cual se suspende cada vez que exista una promoción y si se dejara de actuar en ellos, se reinicia a partir del día siguiente a aquel en que se hubiere practicado el último acto procedimental o realizado la última promoción.

Así, una vez que el servidor público haya cometido la infracción, el plazo de prescripción según dependa la gravedad, empezará a correr al día siguiente en que se hubiera cometido o a partir del momento en que hubieren cesado sus efectos, si fuera una infracción de carácter continuo y se suspenderá al iniciarse algún procedimiento de responsabilidad previsto en la ley, reiniciando el cómputo del plazo prescriptivo al momento en que se deje de actuar en ellos [...].

Atento a lo anterior, de una interpretación sistemática y articulada de la fracción III del artículo 21, como del diverso 34 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, transcurrido el plazo de cuarenta y cinco días

---

Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIV, julio de 2006, p. 396. Registro IUS 174 609.

hábiles, o noventa días, en caso de que se haya solicitado la prórroga respectiva, sin que se haya dictado la resolución en la que se determine la existencia o inexistencia de la responsabilidad atribuida al servidor público infractor, la consecuencia será que reinicie el plazo de prescripción correspondiente, pero únicamente por el tiempo remanente considerando la fecha en que se suspendió la prescripción y hasta alcanzar los tres años o cinco, si se trata de conductas u omisiones que signifiquen una infracción de carácter grave.

### **III. ANÁLISIS DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 361/2016 DEL PLENO DE LA SCJN Y EL DEBIDO PROCESO (PLAZO RAZONABLE, SEGURIDAD Y CERTEZA JURÍDICAS)**

La citada CT 361/2016, entablada entre lo sustentado por la Primera Sala al conocer de los Amparos Directos en Revisión 6772/2015 y 6047/2015 frente a lo determinado por la Segunda Sala, al resolver la CT 68/2006, cuyo tema de contradicción consistió en determinar: si el hecho de que la fracción III del artículo 21 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos [en adelante LFRASP], no establezca una consecuencia jurídica cuando la autoridad sancionadora no dicte la resolución correspondiente (una vez cerrada la instrucción) dentro del plazo legal de 45 días ni su respectiva ampliación, previa justificación, actualiza la figura de la caducidad de las facultades punitivas de la autoridad.

El Pleno de la SCJN concluyó que la figura de la caducidad prevista en los artículos 373, 375 y 378 del Código Federal de Procedimientos Civiles *no puede aplicarse supletoriamente ante la inactividad procesal de no dictarse resolución en el procedimiento de responsabilidad*, dado que el único límite legal a la facultad que tiene el Estado para imponer sanciones a los servidores públicos infractores es la prescripción contenida en el artículo 34 de la LFRASP, al encontrarse expresamente regulada.

En este sentido, es pertinente transcribir el contenido de los artículos 21 y 34 de la LFRASP:

Artículo 21. La Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades impondrán las sanciones administrativas a que se refiere este Capítulo mediante el siguiente procedimiento:

I.- Citará al presunto responsable a una audiencia, notificándole que deberá comparecer personalmente a rendir su declaración en torno a los hechos que se le imputen y que puedan ser causa de responsabilidad [...] En la notificación deberá expresarse el lugar, día y hora en que tendrá verificativo la audiencia; la autoridad ante la cual se desarrollará ésta; los actos u omisiones que se le imputen al servidor público y el derecho de éste a comparecer asistido de un defensor. Hecha la notificación, *si el servidor público deja de comparecer sin causa*

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, NÚMERO 50

*justificada, se tendrán por ciertos los actos u omisiones que se le imputan. La notificación a que se refiere esta fracción se practicará de manera personal al presunto responsable. Entre la fecha de la citación y la de la audiencia deberá mediar un plazo no menor de cinco ni mayor de quince días hábiles;*

II.- Concluida la audiencia, se concederá al presunto responsable un plazo de cinco días hábiles para que ofrezca los elementos de prueba que estime pertinentes y que tengan relación con los hechos que se le atribuyen;

III.- Desahogadas las pruebas que fueren admitidas, la Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades *resolverán dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes sobre la inexistencia de responsabilidad o impondrá al infractor las sanciones administrativas correspondientes y le notificará la resolución en un plazo no mayor de diez días hábiles. Dicha resolución, en su caso, se notificará para los efectos de su ejecución al jefe inmediato o al titular de la dependencia o entidad, según corresponda, en un plazo no mayor de diez días hábiles.*

La Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades podrán ampliar el plazo para dictar la resolución a que se refiere el párrafo anterior, por única vez, hasta por cuarenta y cinco días hábiles, cuando exista causa justificada a juicio de las propias autoridades [...]

Artículo 34.- Las facultades de la Secretaría, del contralor interno o del titular del área de responsabilidades, *para imponer las sanciones que la Ley prevé prescribirán en tres años, contados a partir del día siguiente al en que se hubieren cometido las infracciones, o a partir del momento en que hubieren cesado, si fueren de carácter continuo. [...] [T]ratándose de infracciones graves el plazo de prescripción será de cinco años, que se contará en los términos del párrafo anterior. La prescripción se interrumpirá al iniciarse los procedimientos previstos por la Ley. Si se dejare de actuar en ellos, la prescripción empezará a correr nuevamente desde el día siguiente al en que se hubiere practicado el último acto procedimental o realizado la última promoción. (énfasis añadido)*

Ahora bien, los criterios contendientes, esencialmente determinaron, lo siguiente:

La Primera Sala en el Amparo Directo en Revisión 6047/2015 determinó lo siguiente: [...] la ley no establece una consecuencia para el caso – como acontece en el presente asunto– que la autoridad sancionadora no dicte resolución dentro del plazo que le impone la ley, lo que implícitamente permite que la autoridad pueda hacerlo aun fuera del tiempo razonable que el legislador le concedió para ello y que, incluso,

puede ser ampliado por una sola ocasión conforme a los requisitos que el propio numeral 21 establece.

Por ende, el hecho de que la autoridad sancionadora dicte resolución en cualquier momento, fuera de los cuarenta y cinco días y su eventual ampliación y sin consecuencia favorable a los intereses del gobernado, evidentemente lesiona el derecho a la seguridad jurídica del quejoso [...] Sobre el tema, el artículo 34 de la [LFRASP] prevé la figura de la prescripción, para el caso de que la autoridad competente no imponga sanciones, misma que se contaría a partir del día siguiente al que se hubieran cometido las infracciones o a partir del momento en que hubieran cesado, si fueren de carácter continuo; la prescripción sólo podrá interrumpirse al momento de iniciarse el procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

Sin embargo, el artículo se ciñe a establecer reglas relativas a la prescripción de los plazos para ejercer las acciones procesales previstas en la ley; pero nada señala en relación con las consecuencias de haber ejercido acción y no concluirla dentro de los tiempos procesales que, al efecto, prevé la ley.

Por consiguiente, la consecuencia natural al no ejercicio de la potestad que el Estado confiere a las autoridades administrativas sancionadoras dentro del plazo que establece el artículo 21, fracción III, de la [LFRASP], debe ser la caducidad procesal, nuevamente, aplicando supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles, específicamente, lo previsto en sus arábigos 373, 375 y 378. [...]

En esas condiciones, debe concluirse que si la autoridad administrativa sancionadora no emite su resolución dentro del plazo de ley, se actualiza la institución de la caducidad, la cual operará de pleno derecho, sin necesidad de declaración, por el simple transcurso del plazo y tendrá como efecto anular todos los actos procesales verificados, sus consecuencias y que en cualquier juicio futuro sobre la misma controversia, no pueda invocarse lo actuado en el proceso caduco.

Dicho de otro modo, la figura jurídica de la caducidad tiene como efecto fundamental anular todo lo actuado en el procedimiento administrativo respectivo, dejando las cosas como si éste no se hubiere efectuado, pues su función es poner fin a la instancia o causar la extinción anticipada de dicho procedimiento y, por ende, el archivo de las actuaciones, pues la caducidad tiene su fundamento en razones de seguridad jurídica en tanto que evita la incertidumbre que supone un procedimiento. [...] De este caso, surgió la tesis aislada que enseguida se transcribe:

RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.  
EL ARTÍCULO 21, FRACCIÓN III, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA,

TRANSGREDE LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA (ABANDONO DEL CRITERIO SOSTENIDO EN LAS TESIS AISLADAS 1a. LXIII/2009 Y 1a. LXV/2009). Esta Primera Sala de la S[CJN], al resolver el amparo en revisión 304/2008, del que derivaron, entre otras, las tesis aisladas 1a. LXIII/2009 y 1a. LXV/2009, estableció que el artículo 21, fracción III, de la [LFRASP], al prever un plazo de cuarenta y cinco días hábiles para que la autoridad dicte la resolución en el procedimiento de responsabilidad administrativa, sin establecer una consecuencia si lo hace fuera de ese plazo, no transgrede el principio de tutela jurisdiccional efectiva contenido en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que si bien es cierto que en éste se establece la exigencia de que la administración de justicia se imparta de manera pronta, completa e imparcial, también lo es que el legislador cumplió con el imperativo de fijar un plazo razonable para la conclusión del procedimiento señalado; asimismo, estableció que dicho numeral no transgrede el derecho de seguridad jurídica previsto en el artículo 16 constitucional, por el hecho de no fijar consecuencia o sanción alguna pues, por razones de seguridad jurídica y conforme a la materia de esos procedimientos que son de pronunciamiento forzoso, deben resolverse con la emisión de la resolución que les ponga fin. *Sin embargo, una nueva reflexión lleva a apartarse de los criterios de referencia, pues de la interrelación de los principios de seguridad jurídica y tutela jurisdiccional efectiva, reconocidos por los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Federal, debe establecerse que en los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, como lo es el de responsabilidad de los servidores públicos, la autoridad que actúa con imperio de jurisdicción tiene la obligación de observar en todo momento dichos principios. En ese tenor, lo que se busca es que las instancias de justicia, cualquiera que sea su naturaleza, constituyan un mecanismo eficaz y confiable para las personas sometidas a procedimiento, para lo cual es necesario que éste se efectúe, entre otros aspectos, dentro de los plazos que señalen las leyes relativas y que, por ende, las autoridades que llevan a cabo las actuaciones procesales deben observar. De ahí que el artículo 21, fracción III, de la [LFRASP], al no establecer una consecuencia para los casos en los que la autoridad sancionadora no dicte la resolución correspondiente dentro de los plazos ahí señalados, transgrede los principios constitucionales referidos en perjuicio del servidor público sometido al procedimiento, en tanto que permite la actuación arbitraria*

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, NÚMERO 50

de la autoridad al otorgarle la posibilidad de emitir su determinación en cualquier momento, fuera del término que marca la ley relativa.<sup>19</sup>

La misma Primera Sala en el Amparo Directo en Revisión 6772/2015 resolvió lo siguiente:

En esa medida, tal como se resolvió en el amparo directo en revisión 6047/2015, la consecuencia natural del no ejercicio que el Estado confiere a las autoridades sancionadoras dentro del plazo establecido en la ley, debe ser la caducidad procesal, aplicando supletoriamente los artículos 373, 375 y 378 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de los que se desprende que cuando no se haya efectuado ningún acto procesal ni promoción durante un término mayor de un año, así sea con el sólo fin de pedir el dictado de la resolución pendiente, operará la caducidad.

Consecuentemente, si la autoridad administrativa no emite su resolución dentro del plazo de ley, como ocurrió en la especie, se actualiza la caducidad, la cual operará de pleno derecho, sin necesidad de declaración, por el simple transcurso del plazo y tendrá como efecto anular todos los actos procesales verificados, sus consecuencias y que en cualquier juicio futuro sobre la misma controversia, no pueda invocarse lo actuado en el proceso caduco. [...]

De este caso, surgió la tesis aislada que enseguida se transcribe:

RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL HECHO DE QUE LA AUTORIDAD SANCIONADORA NO DICTE LA RESOLUCIÓN CORRESPONDIENTE DENTRO DEL PLAZO DE CUARENTA Y CINCO DÍAS O DE SU EVENTUAL AMPLIACIÓN EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 21, FRACCIÓN III, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ACTUALIZA LA FIGURA DE LA CADUCIDAD (ABANDONO DEL CRITERIO SOSTENIDO EN LA TESIS AISLADA 1a. CLXXXVI/2007). Esta Primera Sala de la [SCJN], al resolver el amparo en revisión 265/2007, del que derivó la tesis aislada 1a. CLXXXVI/2007, determinó que el artículo 21, fracción III, de la [LFRASP], que prevé que una vez desahogadas las pruebas admitidas, las autoridades administrativas competentes resolverán dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes sobre la inexistencia de responsabilidad o impondrán al infractor las sanciones administrativas correspondientes, no viola las garantías de seguridad jurídica y legalidad contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que la facultad sancionadora de la autoridad competente no caduca una vez transcurrido el plazo

---

<sup>19</sup> SCJN. Tesis 1a. CCXXXIX/2016, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 35, t. I, octubre de 2016, p. 512. Registro IUS 2 012 812.

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, NÚMERO 50

mencionado, pues para ello es necesario que dicho supuesto se hubiere previsto en la ley. Sin embargo, una nueva reflexión conlleva a apartarse del criterio de referencia, pues del análisis sistemático de los artículos 21, fracción III, 34 y 47 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, así como 373, 375 y 378 del Código Federal de Procedimientos Civiles, este último de aplicación supletoria a la primera, debe establecerse que el hecho de que la autoridad sancionadora dentro del procedimiento administrativo de responsabilidad no dicte resolución dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado a partir del desahogo de las pruebas que hubieren sido admitidas, o de su eventual ampliación hasta por un plazo igual, sí actualiza la figura de la caducidad del procedimiento y no la de prescripción. Lo anterior, porque esta última opera para el ejercicio de las acciones procesales previstas en el ordenamiento relativo, pero no para los casos en los que, iniciado el procedimiento, la autoridad sancionadora no emita su resolución dentro del plazo señalado o su eventual ampliación, lo que envuelve la inactividad procesal de la autoridad sancionadora que inició el procedimiento de responsabilidad administrativa unilateralmente y que es a quien la ley impone la obligación de emitir su resolución dentro de los plazos fijados para ello. Consecuentemente, si la autoridad administrativa sancionadora no emite su resolución dentro del plazo previsto en el artículo 21, fracción III, de la [LFRASP], contado a partir del desahogo de las pruebas que hubieren sido admitidas, se actualiza la figura de la caducidad, la cual operará de pleno derecho por el simple transcurso del tiempo (cuarenta y cinco días o su eventual ampliación) y sin necesidad de declaración, teniendo como efecto que se anulen todos los actos procesales verificados y sus consecuencias, y que en cualquier procedimiento futuro no sea posible invocar lo actuado en el proceso caduco.<sup>20</sup>

Por su parte, la Segunda Sala de la SCJN al resolver la Contradicción de Tesis 68/2006, esencialmente determinó:

SEXTO [...] sí existe contradicción de tesis sobre la cuestión jurídica señalada, el punto de contradicción consiste en determinar si concluido el plazo de cuarenta y cinco días hábiles que establece la fracción III del artículo 21 de la [LFRASP], sin que la autoridad haya ampliado el plazo por causa justificada, caducan las facultades de ésta para sancionar a los servidores públicos.

---

<sup>20</sup> Tesis 1a. CCXL/2016, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 35, t. I, octubre de 2016, p. 514. Registro IUS 2 012 813.

[...] [E]s importante señalar que la caducidad es una de las maneras de extinción de la facultad de las autoridades administrativas para sancionar infracciones administrativas.

[...] en el caso que nos ocupa, la [LFRASP], en su artículo 34, establece: [...] Del numeral [...] se advierte que las facultades de la Secretaría, del contralor interno o del titular del área de responsabilidades, para imponer las sanciones que la Ley prevé prescribirán en tres años, contados a partir del día siguiente al en que se hubieren cometido las infracciones, o a partir del momento en que hubieren cesado, si fueren de carácter continuo.

Asimismo, el precepto de mérito establece que tratándose de infracciones graves el plazo de prescripción será de cinco años.

Por otro lado, precisa la norma en estudio que la prescripción se interrumpirá al iniciarse los procedimientos previstos por la Ley, con la consecuencia de que si se deja de actuar, la prescripción empieza a correr nuevamente desde el día siguiente al en que se hubiere practicado el último acto procedimental o realizado la última promoción.

De los preceptos jurídicos antes señalados, se advierten los siguientes principios: primero, la caducidad es una forma de extinción de facultades de las autoridades administrativas para sancionar a los gobernados; segundo, para que los gobernados se liberen de alguna responsabilidad administrativa por caducidad, se requiere que la norma así lo prevea expresamente, pues nadie puede liberarse de una carga por inferencias interpretativas.

Con base en dichos principios, esta Segunda Sala [...] estima que el hecho de que la autoridad administrativa competente no emita la resolución sancionatoria dentro del plazo de cuarenta y cinco días o, en su caso, no justifique la ampliación del plazo, no es causa eficiente para que los servidores públicos se liberen de la responsabilidad administrativa por caducidad de las facultades de las autoridades, pues para ello deben aplicarse las reglas de prescripción que prevé el artículo 34 de la [LFRASP].

En efecto, la omisión de las autoridades administrativas de emitir las resoluciones dentro de los plazos correspondientes, no genera la caducidad de las facultades para sancionar, en virtud de que el no actuar del titular del órgano no agota la competencia del órgano administrativo [...].

Ahora bien, el hecho de que el segundo párrafo de la fracción III del artículo 21 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, señale que: *“La Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades podrán ampliar el plazo para dictar la resolución a que se refiere el párrafo anterior, por única vez,*

*hasta por cuarenta y cinco días hábiles, cuando exista causa justificada a juicio de las propias autoridades;” no conlleva a que ante la omisión de la autoridad de dictar la resolución sancionatoria o por no ampliar el plazo, previa justificación, el servidor público quede liberado de la responsabilidad administrativa por caducidad, pues para ello es necesario que dicho supuesto también se hubiera contemplado expresamente en el artículo 34 de la Ley de la Materia.*

Lo anterior es así, ya que por vía de interpretación o por meras inferencias, no es posible establecer una causa de extinción de facultades, pues de hacerlo, sería tanto como reconocer que el poder sancionador del Estado es de carácter discrecional, situación que no solamente resultaría antijurídico, sino contrario al fin o de los que persiguen las sanciones administrativas.

Por otro lado, el enunciado normativo en análisis, en cuanto establece que la autoridad sancionadora competente debe dictar la resolución sancionatoria dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes, *a partir de que se desahogaron las pruebas admitidas*, pudiendo, previa justificación, ampliar dicho plazo hasta por otro tanto igual, *debe interpretarse en el sentido de que a quien impone la obligación es a la autoridad, quien al no cumplir con ese deber se hace acreedora a las sanciones disciplinarias, más esto no puede generar la extinción de las facultades para sancionar a los infractores.*

Dicha causa de responsabilidad queda comprendida en la fracción XXIV del artículo 8, en relación con el artículo 17, de la [LFRASP], que dicen: [...]

De esta manera, la omisión de la autoridad administrativa trae como consecuencia que el órgano competente inicie el procedimiento sancionatorio que establece la Ley de la Materia, en contra del servidor público que, conforme al referido artículo 21, fracción III, no haya emitido la resolución correspondiente [...]

Las consideraciones de mérito dieron origen a la tesis jurisprudencial número 85/2006 de la Segunda Sala, que lleva por rubro y texto: RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. LA FACULTAD SANCIONADORA DE LA AUTORIDAD COMPETENTE NO CADUCA UNA VEZ TRANSCURRIDO EL PLAZO DE 45 DÍAS HÁBILES QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 21, FRACCIÓN III, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA O EL DE AMPLIACIÓN QUE SEÑALA EL PROPIO PRECEPTO. De la interpretación del numeral citado se concluye que el hecho de que la autoridad administrativa no emita la resolución sancionatoria dentro del plazo de 45 días hábiles o, en su caso, al concluir la ampliación de éste, no es motivo para que la responsabilidad administrativa de los servidores públicos se extinga por caducidad de las facultades de aquélla, pues para ello es necesario que dicho supuesto se hubiera

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, NÚMERO 50

previsto expresamente en el artículo 34 de la [LFRASP], lo cual no sucede. Además, la omisión de dictar el acto sancionatorio no agota la competencia del órgano administrativo, pues se trata de una facultad que ejerce el titular de éste, que en todo caso puede ser causa de responsabilidad, según lo previene la fracción XXIV y último párrafo del artículo 8º, en relación con el artículo 17 de la Ley citada; admitir lo contrario, esto es, que la mencionada omisión constituye una causa eficiente de extinción de facultades, sería tanto como considerar que el poder sancionador del Estado se ejerce discrecionalmente, quedando sujeto a la voluntad de quienes tienen la facultad de imponer las sanciones.<sup>21</sup>

De la lectura integral de la ejecutoria de la CT 361/2016, el Pleno de la SCJN llegó a las siguientes conclusiones:

*Es inaplicable la caducidad a las facultades de la autoridad sancionadora para fincar responsabilidad por inactividad procesal, dentro del procedimiento previsto en el artículo 21 de la [LFRASP] cuya figura se regula en los artículos 373, 375 y 378 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Lo anterior, por no establecerse expresamente en el ordenamiento especial [...]. Además de aplicarse, implicaría un obstáculo para lograr el objetivo constitucional de que no queden impunes los actos u omisiones que signifiquen una transgresión a los principios de legalidad, lealtad, honradez, imparcialidad y eficiencia rectores del servicio público contemplados en el artículo 109, fracción III de la Norma Fundamental.*

Sobre este tópico la SCJN expresó:

Bajo este entendimiento, se advierte que efectivamente la fracción III del artículo 21 de la [LFRASP], *no establece una consecuencia para el supuesto en que la autoridad no emita la resolución dentro de los cuarenta y cinco días, así como su respectiva ampliación por un periodo igual, previa justificación; no obstante ello, en el diverso precepto 34 de la propia ley se establece la figura de la prescripción de las facultades punitivas de la autoridad, así como el momento en que ésta se interrumpe o reinicia su cómputo.*

En efecto, el numeral 34 de la [LFRASP] *sí prevé una forma de extinción*

---

<sup>21</sup> SCJN. Jurisprudencia 2a./J. 85/2006, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXIV, julio de 2006, p. 396. Registro IUS 174 609.

*de las obligaciones sancionatorias* de la autoridad.

[...] la caducidad, entendida como la terminación de un procedimiento por falta de actividad dentro de un determinado lapso, no se actualiza en el presente caso, puesto para que se conjugue dicha figura requiere estar prevista expresamente en la [LFRASP], toda vez que su existencia no puede deducirse de inferencias interpretativas, máxime que la materia de responsabilidades administrativas es de estricto derecho, encuentra sustento constitucional en el artículo 109, fracción III, de la Ley Fundamental y si bien el Constituyente Permanente otorgó algún margen de configuración legislativa al Congreso en cuanto al diseño de aquellos “procedimientos para la investigación y sanción de dichos actos u omisiones”; lo cierto es que ello de manera alguna significa que sea posible aplicar de manera “supletoria” una figura que es inexistente en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Consecuentemente, se estima que no es posible aplicar la figura de la caducidad, prevista en los artículos 373, 375 y 378, del Código Federal de Procedimientos Civiles, ni mucho menos sus efectos de declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso, sin la posibilidad de volver a intentar una acción en contra del servidor público con base en los mismos elementos probatorios, pues la figura de la prescripción existe expresamente en la [LFRASP], mientras que la caducidad es una institución que el legislador no contempló en el referido ordenamiento legal, de ahí que trasladarla al presente caso tornaría nugatoria la intención del Constituyente en cuanto a que no queden impunes los actos u omisiones que signifiquen una transgresión a los principios rectores del servicio público contemplados en el citado numeral 109 de la Norma Fundamental.

[...] la [LFRASP], únicamente [...] estableció la figura de la prescripción para la extinción de las facultades sancionatorias de la autoridad; ante ello, [...] el hecho de que la autoridad administrativa competente no emita la resolución en la que se determine la existencia o no de una responsabilidad atribuida al servidor público imputado, dentro del plazo de cuarenta y cinco días o, en su caso, no justifique la ampliación del citado plazo hasta noventa días, no es causa suficiente para que los servidores públicos se liberen de la responsabilidad administrativa bajo la figura de la caducidad del procedimiento por inactividad procesal, pues para tal efecto deben aplicarse las reglas de prescripción que prevé el artículo 34 de la [LFRASP].

La distinción entre caducidad y prescripción, permite establecer la forma en que opera la interrupción y la suspensión del plazo en dichas figuras. Así, *en la prescripción opera la suspensión*, la cual permite que el plazo se reinicie y se contabilice sumando el

tiempo transcurrido entre los actos aptos para suspender (acontecidos antes o una vez iniciado) el procedimiento de responsabilidad, reiniciando el plazo sólo por el remanente del plazo hasta alcanzar su totalidad (3 o 5 años). Mientras que *la caducidad su efecto es la interrupción*, por lo que el cómputo inicia en su integridad, es decir, una de sus condiciones es de transcurrir ininterrumpidamente, y de acontecer, el plazo debe volver a contabilizarse de cero. Al respecto la SCJN dijo:

En primer término, [...] se debe destacar que la figura de la prescripción es la pérdida o la adquisición de un derecho por el transcurso del tiempo, siempre y cuando dicho derecho sea exigible, mientras que la caducidad, la extinción de una facultad o de una acción por el transcurso del tiempo; [...], se advierte que el legislador confunde los términos de las figuras de caducidad y prescripción. Por su parte, también se advierte que el legislador confunde el concepto de suspensión, con el de interrupción, al señalar que: “la prescripción se interrumpirá al iniciarse los procedimientos previstos por la Ley. Si se dejare de actuar en ellos, la prescripción empezará a correr nuevamente desde el día siguiente al en que se hubiere practicado el último acto procedimental”, está haciendo alusión a las reglas de la suspensión, ya que el hecho de que se señale que el plazo se reanuda, ello sólo es posible en la figura de la suspensión y no en la terminación del plazo.

En otras palabras, agotado el plazo legal –cuarenta y cinco o noventa días hábiles- sin que la autoridad sancionadora haya emitido la resolución respectiva el plazo de prescripción reiniciará únicamente por el tiempo remanente hasta cumplir los tres años o cinco, cuando se trata de una conducta o infracción grave, en el entendido de que la autoridad deberá abstenerse de dictar cualquier otra actuación distinta a la resolución en la que se determine la responsabilidad o no del servidor público investigado .

*Lo anterior, genera seguridad y certeza jurídica tanto a la ciudadanía como a los propios servidores públicos investigados*, puesto que se sabe con toda claridad el momento en que la autoridad ya no podrá realizar alguna acción en contra del servidor público sujeto a un procedimiento sancionatorio o en su caso imponer la responsabilidad y la sanción correspondiente, si es que ya se ha agotado el plazo de prescripción y la autoridad no ha emitido la sanción respectiva [...]

*La figura de la prescripción es la única válida para la extinción de las facultades sancionatorias de la autoridad*, al estar prevista expresamente en la LFRASP, tal y como advierte de una interpretación sistemática y conjunta del artículo 21, fracción III en correlación con el numeral 34 de la LFRASP, la cual se actualiza una vez que haya transcurrido el plazo de 45 días hábiles, o 90 días, en caso de que se haya solicitado la prórroga respectiva *sin que se haya dictado la*

*resolución en la que se determine la existencia o inexistencia de la responsabilidad atribuida al servidor público infractor.*

En tal sentido, la SCJN expresó:

[...] de una interpretación sistemática y articulada de la fracción III del artículo 21 como del diverso 34 de la [LFRASP], transcurrido el plazo de cuarenta y cinco días hábiles, o noventa días, en caso de que se haya solicitado la prórroga respectiva, *sin que se haya dictado la resolución en la que se determine la existencia o inexistencia de la responsabilidad atribuida al servidor público infractor, la consecuencia será que reinicie el plazo de prescripción correspondiente, pero únicamente por el tiempo remanente considerando la fecha en que se suspendió la prescripción y hasta alcanzar los tres años o cinco*, si se trata de conductas u omisiones que signifiquen una infracción de carácter grave.

[...] resulta importante señalar que la caducidad, entendida como la terminación de un procedimiento por falta de actividad dentro de un determinado lapso, no se actualiza en el presente caso, puesto para que se conjugue dicha figura requiere estar prevista expresamente en la [LFRA], toda vez que su existencia no puede deducirse de inferencias interpretativas, máxime que la materia de responsabilidades administrativas es de estricto derecho, encuentra sustento constitucional en el artículo 109, fracción III, de la Ley Fundamental y si bien el Constituyente Permanente otorgó algún margen de configuración legislativa al Congreso en cuanto al diseño de aquellos “procedimientos para la investigación y sanción de dichos actos u omisiones”; lo cierto es que ello de manera alguna significa que sea posible aplicar de manera “supletoria” una figura que es inexistente en la [LFRASP].

*El régimen de responsabilidad si la autoridad sancionatoria incumple con la obligación de dictar la resolución correspondiente en el plazo de 45 o 90 días, según sea el caso, la hace acreedora a la sanción disciplinaria que corresponda de conformidad con la fracción XXIV del artículo 8, en relación con el diverso 17, de la [LFRASP].*

[...] cabe destacar que si la autoridad sancionatoria incumple con la obligación de dictar la resolución correspondiente en el plazo de cuarenta y cinco o noventa días, según sea el caso, se hará acreedora por supuesto a la sanción disciplinaria que corresponda de conformidad con la fracción XXIV del artículo 8, en relación con el diverso 17, de la [LFRASP] [...] de no hacerlo la Secretaría impondrá las sanciones correspondientes a los contralores internos y a los titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades cuando se abstengan injustificadamente de investigar o sancionar a los infractores.

Finalmente, la SCJN precisó que la Ley General de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, que abrogó la LFRASP y que entró en vigor el 19 de julio de 2017, en su artículo 74 se previó expresamente la posibilidad de que a petición expresa del presunto infractor *se pudiera decretar la caducidad de la instancia* en caso de que la autoridad sancionadora deje de actuar por más de seis meses sin causa justificada; asimismo, dicho cuerpo normativo aumentó los plazos de prescripción para quedar el plazo de 3 años para las infracciones leves y de 7 años para las de carácter grave. El criterio que prevaleció es del siguiente tenor:

RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. LA CONSECUENCIA DE QUE LA AUTORIDAD NO RESUELVA EL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO EN EL PLAZO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 21, FRACCIÓN III, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA (ABROGADA), ES LA PRESCRIPCIÓN DE SU FACULTAD PUNITIVA Y NO LA CADUCIDAD DE DICHO PROCEDIMIENTO POR INACTIVIDAD PROCESAL. El artículo 34 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, vigente hasta el 18 de julio de 2017, dispone que el plazo para que prescriba la facultad punitiva de la autoridad es de 3 o 5 años, dependiendo de la gravedad de la infracción, según el caso, el cual empieza a correr una vez que se cometa ésta y se suspende con los actos procesales que se realicen, reanudándose desde el día siguiente al en que se hubiere practicado el último acto procedimental o realizado la última promoción; por su parte, el artículo 21, fracción III, del ordenamiento indicado fija el plazo de 45 días, con la posibilidad de ampliarlo por otro igual, para que la autoridad dicte la resolución correspondiente, sin establecer una consecuencia para el caso de que no se resuelva en ese plazo. En ese sentido, de la interpretación conjunta de los preceptos referidos se advierte que la consecuencia de que la autoridad no resuelva el procedimiento en el plazo legal es la prescripción de su facultad punitiva y no la caducidad del procedimiento por inactividad procesal; de esta manera, el plazo atinente a la prescripción inicia una vez que se cometa la infracción, se suspende con los actos procesales que se realicen y se reinicia automáticamente el día siguiente a aquel en que se dejó de actuar, incluido el incumplimiento al plazo de la autoridad para la resolución del procedimiento disciplinario, pero únicamente por el tiempo remanente del plazo total prescriptivo, es decir, si la autoridad no resuelve dentro de los 45 o 90 días previa justificación, la consecuencia será la prescripción de su facultad sancionatoria, siempre y cuando haya transcurrido el plazo genérico de 3 años o de 5 años, dependiendo de la gravedad de la infracción cometida; cabe destacar que el hecho de que la autoridad no resuelva en el plazo respectivo el procedimiento sancionatorio, podría significar un incumplimiento en sus obligaciones y deberes, por el que podría

hacerse acreedora a la sanción disciplinaria que corresponda de conformidad con la fracción XXIV del artículo 8, en relación con el diverso 17, de la ley de la materia. Aunado a lo anterior, la autoridad responsable del procedimiento sancionatorio no podrá emitir ningún otro acuerdo o acto tendente a interrumpir el plazo prescriptivo o dirigido a dilatar la resolución correspondiente, pues es un procedimiento en el que ya se ha cerrado la instrucción, existe la audiencia respectiva y únicamente está pendiente el dictado de la resolución en la que se determine la existencia o no de las responsabilidades fincadas al servidor público de que se trate, lo que genera seguridad y certeza jurídica tanto a la ciudadanía como al propio servidor público investigado, pues se sabe con exactitud el momento en que la autoridad ya no podrá realizar alguna acción en contra del servidor sujeto a un procedimiento sancionatorio o, en su caso, imponer la sanción correspondiente.<sup>22</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

*Primera.* La SCJN resolvió aspectos relevantes como la inaplicabilidad de la caducidad prevista en los artículos 373, 375 y 378 del Código Federal de Procedimientos Civiles *ante la inactividad procesal de no dictarse resolución en el procedimiento de responsabilidad*, dado que el único límite legal a la facultad que tiene el Estado para imponer sanciones a los servidores públicos infractores es la prescripción contenida en el artículo 34 de la LFRASP.

*Segunda.* El Pleno de la SCJN diluyó la confusión y forma de computar el plazo para la prescripción determinando que la suspensión debe entenderse por el remanente del tiempo que válidamente se puede sumar al previamente transcurrido hasta completar 3 o 5 años, dependiendo de si se trata de una infracción leve o grave.

*Tercera.* Los conflictos generados en la aplicación supletoria para acudir a la figura de la caducidad por algunos órganos judiciales, y por otra, en el mal uso de la fórmula para computar el tiempo transcurrido para computar la prescripción, han sido superados en la Ley General de Responsabilidades Administrativas que derogó a la LFRASP, dado que el artículo 74 de la primera regula tanto la caducidad como la prescripción con plazos claramente fijados.

---

<sup>22</sup> SCJN. Jurisprudencia 2a./J. 85/2006, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIV, julio de 2006, p. 396. Registro IUS 174 609.

## RESEÑA

VÍCTOR M. BRANGIER, *SABER HACER Y DECIR EN JUSTICIA. CULTURAS JURÍDICO-JUDICIALES EN LA ZONA CENTRO-SUR DE CHILE (1824-1875)*. ROSARIO, PROHISTORIA EDICIONES, 2019, 212 PP.

*Saber hacer y decir en justicia* explica la realidad judicial de la zona centro-sur de Chile, en un periodo delimitado por dos hechos significativos para la integración de un sistema judicial en aquel país. Inicia en los albores de la República, con la expedición en 1824 del “Reglamento de Administración de Justicia”, que instituyó las atribuciones que regirían a juzgados y tribunales en las décadas posteriores a la independencia. El análisis concluye en 1875, momento en que se decretó la Ley de Organización y Atribución de Tribunales, el cual representó la consolidación del proceso codificador en materia judicial. Esta delimitación temporal permite al autor explorar no sólo el ejercicio legislativo, sino también otros fenómenos culturales y sociales que cruzaron la justicia ordinaria en sus dinámicas cotidianas y, en consecuencia, determinaron formas específicas de encauzar los conflictos interpersonales.

Sus páginas se avocan a investigar el funcionamiento de la justicia legala en un periodo particularmente importante en la historia del derecho latinoamericano, en el que tuvo lugar un proceso orientado a la instauración de un orden jurídico positivo, empujado por grupos ilustrados y letrados. Esta obra pertenece a una línea de investigación que se ha revitalizado a partir de nuevas preguntas y que ha tenido como base de análisis la consulta de cuerpos documentales archivísticos hasta entonces poco explorados.

Son plurales las perspectivas desde las que ha explicado la también llamada “justicia de proximidad”, término recurrente sobre todo en la historiografía francesa,<sup>1</sup> pero que ha sido retomado a ambos lados del Atlántico. Una arista a la que con frecuencia se le presta atención es la institucional. Se han escrito historias sobre la operatividad de los juzgados según los marcos jurídicos establecidos durante la etapa de construcción de los Estados nacionales. Al problematizar la relación entre justicia y sistemas político-administrativos, una de sus aportaciones radica en la identificación de las competencias de que gozaban tanto las diferentes instancias judiciales como los Magistrados y Jueces, letrados o legos.<sup>2</sup> El asunto de la ley, elevada en el siglo XIX a un papel más predominante, marca en buena medida los derroteros de estos trabajos. Se avanza con ello en la indagación de las características que modelaron, bajo los principios del liberalismo, los

---

<sup>1</sup> Como ejemplo pueden consultarse, Jacques-Guy Petit (dir.) *Une justice de proximité, la justice de paix (1790-1958)*, *Doit et justice*, París, PUF, 2003; Guillaume Métairié, *Des juges de proximité: les juges de paix. Biographies parisiennes*, París, L’Harmattan, 2002, Guillaume Métairié, *La justice de proximité. Une approche historique*, París, PUF, 2004.

<sup>2</sup> Un trabajo clásico al respecto es el de Thomas Flory, *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial*, México, FCE, 1986 (edición en inglés de 1981).

procedimientos de la justicia ordinaria, en materia tanto civil como criminal.

En las últimas décadas hemos conocido nuevas rutas de análisis que complejizan el fenómeno de la normatividad y los mecanismos de resolución de conflictos. La historia del derecho se ha visto revitalizada por un giro de enfoque, al ocuparse también de la historia de la justicia, vista como un campo de análisis más amplio e integrador, acorde a las propuestas hechas desde la antropología. Hoy en día es innegable que los historiadores de la escuela inglesa marxista han tenido y tienen, desde las décadas de 1960 y 1970, un impacto profundo en la manera de escribir la historiografía en todo el continente americano. Sus planteamientos teóricos llevaron a interrogar al derecho y la justicia desde un abordaje “social”. Actores que hasta entonces habían sido soslayados fueron puestos en el centro de las tramas y, lo más trascendente, es que revelaron formas nuevas en que esos grupos subordinados se relacionan con las autoridades y los sectores acaudalados. Desde un punto de vista histórico, la ley y la justicia se han venido entendiendo como arena de disputas entre sectores devenidos antagónicos por el tipo de intereses que defienden, más que como la imposición de un mecanismo ideado desde las cúpulas y aplicado sin resistencia ni conflicto entre las demás capas sociales.

La obra toma distancia de las premisas que sostienen que las instituciones judiciales cumplieron una función de control y disciplina social, especialmente contra los individuos que vivían en la base de la pirámide social, durante el tránsito del Antiguo Régimen a los Estados nacionales. La revisión de una robusta muestra documental, integrada por cientos de juicios criminales, conduce a Brangier a cuestionar los alcances y validez de ese modelo explicativo. En cambio, opta por un *enfoque primordialmente cultural*. El análisis de los lenguajes, discursos, representaciones y valores constituyen el núcleo de su explicación sobre algunas de las coordenadas en las que descansó el funcionamiento de la justicia lega o de vecinos. No es casual que una de sus categorías vertebrales sea la de “culturas jurídico-judiciales” –su importancia se refleja en que conforma el subtítulo del volumen–, que le sirve como punta de lanza para explorar a un mismo tiempo la norma y la práctica, ambas asentadas en un “sustrato simbólico y axiológico que orientaba las emotividades, las tácticas, los intereses y las expectativas en situación judicial”.

No se trata aquí de negar la importancia que las ideas políticas y jurídicas, ciertamente trazadas por grupos selectos de letrados, tuvieron en la construcción de un entramado institucional en materia de justicia criminal. De hecho, ese es un punto de inflexión del libro, gracias al cual el lector puede situarse en el complejo edificio judicial, “escenario” de las historias que más adelante se contarán, y que fue levantado entre cambios y continuidades generadas tras el fin de la monarquía hispánica en los territorios americanos. El autor se propone más bien ensanchar los ángulos de las miradas. Las experiencias que albergó la población durante su paso por las instancias judiciales son

presentadas con la misma relevancia que las experiencias que jueces, magistrados, legisladores y políticos tuvieron a raíz del desempeño de sus actividades de gobierno y justicia. El contacto entre unos y otros hizo manifiesta una circulación de saberes con los cuales se tejían esas culturas jurídico-judiciales. El modo en que los justiciables actuaban y hablaban se basaba, ante todo, en lo que esos hombres y mujeres sabían y esperaban acerca de la justicia.

Así, la obra hace eco de un panorama más amplio de debates y posturas metodológicas. Sin hacerlo del todo explícito, se encuentra influida por postulados discutidos desde décadas atrás –y todavía en la actualidad– por la sociología y la antropología, en el sentido de que identifica a la justicia como un “fenómeno social”. Jueces y Magistrados no fueron meros agentes de contención de la población, ni tampoco aplicadores automáticos de la ley escrita, sino que, al formar parte de un mismo contexto histórico, negociaron todo el tiempo con otros actores al momento de definir el sentido de lo justo y de las aplicaciones diversas de la norma. La utilización de dos nociones clave expresan con claridad cómo se posiciona el presente libro en el universo bibliográfico actual: negociación y uso social. Ambas han servido y sirven para cuestionar las visiones monolíticas sobre la verticalidad hegemónica del poder, y abonan en ampliar la visión de lo político hacia el campo de las prácticas culturales y entre actores sociales excluidos de posiciones de autoridad, prestigio o primacía económica.

Estructurado en tres capítulos bien diferenciados, el libro da voz tanto a jueces como a justiciables. El capítulo uno desarrolla un análisis de la estructura judicial republicana, sus rasgos más notorios, el perfil de los juzgadores (jueces de letras, alcaldes, subdelegados) y la reconfiguración sucesiva de sus atribuciones a la luz de las contingencias políticas y las reescrituras del discurso legal. El lente de observación se enfoca en la realidad rural de tres provincias (Maule, Talca y Colchagua) las cuales están ubicadas en el centro-sur del territorio chileno. Las décadas que siguieron a la independencia fueron tiempos de cambios para esta zona. La hacienda, con su sistema latifundista de producción, experimentó un crecimiento a expensas de las tierras de pequeños agricultores, debilitando con ello la propiedad comunitaria que se tenía de esta. Hallándose desposeídos, contingentes de individuos terminaron por incorporarse a un mercado de trabajo campesino al servicio de medianos y grandes terratenientes. Este acercamiento a la estructura socioeconómica de la región servirá para entender quiénes eran y a qué se dedicaban los hombres y mujeres que comparecieron en los tribunales, y porqué aquella era una justicia de vecinos.

En razón de que no existía una especialización operativa de los juzgados, fue imperativo que otros actores, igualmente legos en su mayoría, intervinieran en la tramitación de juicios, así como para la defensa y asesoría de los justiciables. Como poseedores de un rico saber en torno a las culturas jurídico-judiciales, tinterillos,

representantes, testigos, curadores y defensores fungieron como mediadores entre jueces y población, ante la estrechez de los recursos humanos y materiales en que podían apoyarse los jueces.

El análisis de los discursos en torno a la cultura jurídico-judicial comienza de lleno en el capítulo dos. Este ahonda en el estudio de los lenguajes, estrategias y gestos que se tradujeron en argumentos judiciales al momento en que las partes enemistadas deslindaron los plurales sentidos de lo justo. En este punto destaca un manejo exhaustivo y minucioso de juicios abiertos por la denuncia de un abanico amplio de conductas estipuladas como delitos. Como heredera del derecho y la justicia propia de la monarquía hispánica, la actividad cotidiana de los juzgados republicanos se vio permeada por nociones de antigua data: la protección del desamparado como uno de los principios guía en las políticas del rey y sus representantes; la alusión a la pobreza, las necesidades materiales o el daño pecuniario eran traídos a cuenta una y otra vez como estrategias de defensa o acusación.

Como toda justicia lega, los usos y costumbres constituían un componente angular en la justicia chilena, asociados al manejo del arbitrio judicial. Las resoluciones y acuerdos se construían a menudo bordeando los dictados de la ley, gracias a la existencia de códigos culturales y prácticas comunes, reconocidas tanto por las partes en conflictos, como por jueces y agentes judiciales. El valor del honor, que estaba presente en todos los estratos sociales, si bien con significados distintos en cada uno de ellos, era esgrimido para salvaguardar la legitimidad de la palabra.

Los variados matices de la práctica del perdón, cuya centralidad se remontaba más allá de los tiempos coloniales, se develaron plenamente vigentes en la era republicana. En conjunción con sus raíces en el cristianismo, el rey había echado mano de ese dispositivo como vía de legitimidad de su autoridad, porque el castigo severo traía consecuencias negativas al cuerpo social y a la convivencia de sus integrantes. La alegoría del soberano compasivo que aplicaba penas moderadas y conmutaba las graves por otras suaves contribuyó a apuntalar su imagen del juez justo. La potencialidad que implicaba el apelar a ese gesto indulgente fue bien conocida por los litigantes, aunque ya no hubiese rey. De modo que, para inculparse y flexibilizar las penas, usaron retóricas que traían a cuento el sufrimiento y la amargura padecidas a raíz de las vicisitudes y dilaciones que solían acompañar a los procesos.

El último capítulo da paso al estudio de las denuncias que los implicados en los juicios levantaron contra lo que consideraban mal desempeño de los jueces, abusos de poder o prevaricación. Como parte de aquella cultura jurídica-judicial, los actores estaban lejos de actuar como ignorantes o ingenuos. Antes bien, recurrían a los “usos sociales de la justicia”, en palabras de propio autor. Sabían moverse con más o menos soltura en las

diferentes instancias que integraban el sistema judicial, con el objetivo de levantar quejas contra cualquier juzgador o transgresión a la ley, amparados en los instrumentos que ofrecía un discurso legalista que iba fortaleciéndose.

Tales estrategias de ningún modo eran inéditas. El derecho castellano contemplaba disposiciones judiciales, al alcance de la mayoría, para reclamar contra actos de los agentes reales que contravinieran una correcta impartición de justicia en temas de protección a la vida, la propiedad y la honra. Para Brangier, a contracorriente de algunos planteamientos historiográficos, estos mecanismos no desaparecieron con la cultura jurídica ilustrada, que más tarde decantaría en principios “abstractos” constitucionales (derechos ciudadanos y derechos humanos). Antes bien, el análisis detenido que hace de las evidencias documentales demuestra que, frente al fortalecimiento de las narrativas jurídicas liberales, los actores siguieron manejando y manipulando discursos en los que se apelaban derechos e intereses concretos.

Aunque no es el propósito central de la obra, vale la pena resaltar que en ella se hace patente que la metodología enfocada a analizar dinámicas locales, frente a las crecientes perspectivas globales, no está agotada en lo tocante al tema de la justicia. En sus páginas se explica cómo fue que, desde los juzgados locales, los reclamos contra figuras de autoridad (basadas en el honor, prestigio o posición económica) sirvieron para desestabilizar los términos de las relaciones jerarquizadas de poder. Esa “torcida administración de justicia” se concentraba al menos en dos conductas. Por un lado, abusos de vecinos que, convertidos en jueces, transgredían los deberes que la ley les imponía, y, por otro, la vulneración de la figura del buen juez. En el ideario del Antiguo Régimen estuvo muy viva la imagen del correcto magistrado como aquel que se mantenía apartado de todo conflicto de interés dentro de su comunidad, ya fuera por vía de contratos, ya por vínculos filiales. Con el avance del discurso legalista, tal ideario trasmutó a la representación de un juez que evidenciaba rectitud en el exacto cumplimiento de la ley. Era así que no sólo los conflictos entre litigantes surgían en entornos inmediatos y conocidos, también sucedió lo mismo con los originados por el incumpliendo de la ley o por los atropellos a las normas procesales vigentes.

Debo concluir diciendo que hay un aspecto que me parece podría abrir nuevas rutas a futuras discusiones: la relación entre negociación y culturas jurídico-judiciales. Como señalé, a lo largo de la obra se hace énfasis en la serie de estrategias, emociones, intereses y expectativas usadas por quienes se vieron inmersos en juicios criminales, con el propósito de sacar algún tipo de provecho. Víctor M. Brangier sostiene que eso les permitió obtener sentencias absolutorias o suavizarlas. También lograron que los “malos” jueces dejaran de conocer sus causas para que pasaran a mano de otros “idóneos”. Una interrogante sobre la que se podría ahondar en otra oportunidad tiene que ver con los alcances reales que tuvieron aquellas tácticas y lenguajes. En otras palabras, qué formas

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, NÚMERO 50

de ejercer el poder judicial no pudieron ser penetradas y modificadas –si se quiere parcialmente– por la acción y decir de los justiciables, según sus propios intereses. La pregunta no sólo es pertinente porque el siglo XIX latinoamericano significó un contundente cerco contra el pluralismo jurídico. También lo es porque nos remite a la actualidad de libro. En un contexto dominado por el derecho positivo, la aplicación estricta de la ley constituye un talón de Aquiles de los sistemas judiciales en toda la región. Antes como ahora, la impartición de justicia penal se vio trastocada por pactos emanados de prácticas y costumbres arraigadas en el tejido social, definiendo los significados de lo justo, así como los criterios para penalizar o no determinadas conductas.

MARIANA MORANCHEL POCATERRA<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Profesora-investigadora de la UAM Cuajimalpa. Profesora de Historia del Derecho Mexicano, Facultad de Derecho, UNAM. Actualmente Magistrada del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México. Correo electrónico [marmorpoc@yahoo.es](mailto:marmorpoc@yahoo.es)