

# Capítulo 13

---

## **Derecho a Ponderar: El iusnaturalismo como contrapeso a la fijación al procesalismo en el caso mexicano**

*Francisco Javier Prieto González<sup>1</sup>  
Jesús Ángel Castillo Delgado<sup>2</sup>*

<https://doi.org/10.61728/AE24004466>



---

<sup>1</sup> Estudiante en la carrera de abogado por la Universidad de Guadalajara, ponente en temas relativos a Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Administrativo, y participe en Opiniones Consultivas realizadas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en específico de temas relativos al uso de armas y el medio ambiente, campeón de competencias internacionales diversas, además de tener en su autoría obras publicadas por editoriales como Tirant Lo Blanch.

<sup>2</sup> Estudiante en la carrera de abogado por la Universidad de Guadalajara, participante y subcampeón de la competencia internacional Víctor Carlos García Moreno, organizada por la Secretaría de Relaciones Exteriores, además de ser ganador del premio a Mejor Memorial de la Representación Legal de las Víctimas, y miembro del Semillero de Investigación de la Universidad de Guadalajara.

## **Resumen**

En el presente texto, se establecerá en primer lugar, el panorama general y nacional en cuestión a los problemas jurídicos que tiene frente el sistema actual en lo relativo al hiperformalismo e hiperprocesalismo en la ley, en segundo lugar, se abordará la perspectiva internacional en torno al debido proceso, y la necesidad imperiosa de ponderar en virtud de este derecho, punto relacionado a lo expuesto en el último capítulo, en donde se sentará el debate en cuanto al punto en donde se pueda observar ponderación respecto al proceso.

### **I. Introducción**

El positivismo jurídico ha sido relevante dentro del debate jurídico desde el Siglo XX, teniendo obras de suma importancia para los juristas de la mano de autores como Hans Kelsen o H.L.A Hart, que sostuvieron distintas posturas, pero manteniéndose en torno de la postura positivista (que poco tiene que ver con el positivismo filosófico, recordemos). Esta corriente (también llamada iuspositivismo), fue la hegemónica durante este siglo, sosteniendo la inexistencia de una relación tangible entre Derecho y moral, como si el Derecho resultase en un solo ejercicio legislativo, enajenado de cualquier actividad social desarrollada desde un punto de vista ético, lo cual, de hecho, fue parte de la construcción conceptual del procesalismo jurídico de Kelsen, pero que no abordaremos de forma instantánea para no perder el hilo argumental que se busca construir en esta lectura (Kelsen, 1934).

Si bien, nos encontramos seguros que el lector conoce estos conceptos, debemos de abordarlos de primera mano, para que se pueda entender cuál es la postura en torno al debate que planteamos incluso desde el origen de los conceptos más básicos, y si bien, no consideramos nuestra postura como absoluta, debemos de tomar en cuenta, para el lector, que este será

un desarrollo de una crónica sobre el sistema judicial, no solo en México, sino a nivel global, que, con el tiempo, ha demostrado la imperiosa necesidad de un cambio, un cambio, que por muchas razones no se ha desarrollado, pero que de cierta forma, se puede proponer una solución, que no es nuestra tarea, pero buscamos poder brindar la perspectiva al lector para desarrollarla de una mucho mejor forma.

Ahora bien, dentro de las tesis desarrolladas por H.L.A. Hart, además de surgir como concepto principal la separación de la moral y el Derecho, surgen dos conceptos similares en torno al positivismo, que resultan en la creación de reglas sociales que forman la “costumbre”, y por ende, si bien, existen decisiones humanas que crean la ley, estas no tienen relación a la moral (Hart, 1958, 1961), dando pie al último punto, que es la discrecionalidad de la Teoría del Derecho, que sentó las bases para que el juez, en la postura de esta teoría, solo pueda analizar los casos que aborda en vista de la ley, y solo puede recatarse a la ley en cuanto a su interpretación (Carrillo y Caballero, 2021), siendo lo que Montesquieu en algún momento describió como “la boca muda de la ley” (Montesquieu, 1748).

*In summa*, se consideró durante la primera mitad del siglo XX a esta postura, como la única lógica detrás de la interpretación del derecho, sosteniendo inclusive términos como lo que Kelsen fundó al hablar de “procesalismo jurídico” (Alcalá-Zamora, 1947), que consiste en el desarrollo de la ley solo conforme a la ley, sin contemplar otros supuestos o hipótesis que pudiesen existir fuera de esta, y entonces, el derecho procesal formaba parte de la ley, y no parte de la realidad en la que la ley nace como hecho, o como acción propiamente (Kelsen, 1928).

Sin embargo, como bien debe de ser del conocimiento del lector, durante la segunda mitad del siglo pasado, surgió una segunda corriente, la cual nació de corrientes de siglos anteriores, sin embargo, en esta ocasión se encontraba como una oposición directa al iuspositivismo nacido años antes, por el filósofo inglés Ronald Dworkin, que en su magna opus, *Derechos en Serio*, concibe el iusnaturalismo moderado, como la corriente iusfilosófica que ve necesaria la inclusión de la filosofía y la moral en el trabajo de interpretación de la ley, pero con la obligación de positivizar la moral para la creación de las llamadas garantías fundamentales de las personas (Dworkin, 1977).

En el presente texto, y a continuación, se comenzará a entrar en la discusión, en cuanto al arraigo que ha existido en torno a los conceptos del positivismo, y cómo estos han surgido más que como un medio de interpretación, como un obstáculo para la misma, y de cómo han sido utilizados de forma llana en muchas ocasiones, mientras en otras han existido como un escudo político y social en el cual el encargado de velar por la justicia se protege del debido ejercicio de la ley, ya que como se ha visto en la sociedad a nivel global, el juez no es filósofo, ni puede ser Hércules (Villalonga, 2019).

## **II. El hiperprocesalismo en México, ¿problema en la realidad jurídica?**

El sistema jurídico mexicano pertenece a la familia del Derecho Romano-Germanico o “*civil-law*” una tradición de codificación de las normas formales del derecho, además de la innegable influencia del iuspositivismo característico de principios del siglo XX, el cual, respondió en su momento a un hito de verdad revolucionario, en el que se dejaba atrás la “arbitrariedad” de los juzgadores al momento de resolver y se otorga validez únicamente a las normas que cumplen los requisitos formales para serlo, con esa tendencia, los legisladores crearon un sinfín de leyes, códigos y reglamentos que previnieran todas las situaciones jurídicas posibles, esto, a través de enunciados claros, que según esta teoría, son mandamientos, órdenes imperativas, permisiones y autorizaciones (Kelsen, 1934); con ello, se crea un aparato mecánico en el que todas las situaciones posibles se encuentran contempladas en alguna clase de ordenamiento positivo, es decir, escrito; el cual tiene establecido un proceso formal y con base en ello, el juez debe hacer cumplir los preceptos legales, siendo la boca muda de la ley, dejando a salvo reservados casos que requieren interpretación por la ambigüedad de la norma.

Al día de hoy, el sistema jurídico mexicano ha abrazado corrientes del neoconstitucionalismo y la convencionalidad, que han dejado al descubierto el anquilosado modelo del positivismo legal, y en pro de ello, se han realizado reformas, entre las que destacan la Penal del 2008, la de Derechos Humanos del 2011 y Laboral de 2019; sin embargo, ocurre con frecuencia

un problema, y es que al llevar a cabo un procedimiento jurisdiccional, pareciera en algunos casos de mayor relevancia la forma o el proceso que el fondo y el resultado, la justificación es el derecho al Debido Proceso, un legítimo derecho que creemos, debe prevalecer durante todo proceso jurisdiccional; empero, y se debe señalar para abrir la discusión, muchas veces utilizado como obstáculo para la impartición de justicia, y es que, fuera de los formalismos comprensibles (no siempre) por los abogados, las personas justiciables no se explican el porqué de resoluciones para ellos, a toda luz contrarias al sentido común o por qué sus asuntos tardan años en resolverse, y es que basta con dejar la toga de lado por un momento y tratar de ocupar el sitio de una víctima que reconoce a su agresor, que se reúnen las pruebas suficientes; y sin embargo, es puesto en libertad, debido a una falla puramente procesal que no trasciende en el fondo y las fiscalías con las manos atadas, sin posibilidad muchas veces de sanear el procedimiento.

Las garantías judiciales y el debido proceso, gracias en buena medida a resoluciones del Sistema Interamericano, que se tratará más adelante, han ampliado el panorama de juzgamiento; sin embargo, también ha sido una herramienta que detiene, retrasa y obstruye el alcance de la justicia. Cabe aclarar y reconocer, verbigracia en el sistema penal, que no son pocas las situaciones en que los jueces tienen las manos atadas para continuar un procedimiento, por faltas atribuibles al Ministerio Público y a las policías como primeros respondientes, ese es otro problema que debe ser estudiado, discutido y atendido; pero en el presente nos enfocaremos en la decisión autónoma de los Órganos Jurisdiccionales.

Es pertinente señalar, que este no es manifiesto contra el procesalismo jurídico, sino una crítica a la tecnoburocracia en que se ha convertido el derecho; en la materia penal se ha realizado un esfuerzo para dotarla de figuras de origen anglosajón que pretenden romper con el modelo inquisitivo; sin embargo, sigue pareciendo un “recetario” como lo llama el Maestro Medina Peñalosa al decir que “es un modelo para resolver a partir del simple llenado de varios rubros sin bagaje argumentativo suficiente en cada uno de ellos, considerando la neutralidad de los datos a complementar, con ligeros y mínimos ajustes dependiendo del caso en particular” (Medina, 2009) y que a la falta de cualquier encuadre, la salida más rápida es terminar el procedimiento o archivar.

El problema no solo se presenta en la materia penal, sino que, esa hiperformalidad confundida muchas veces con el debido proceso, llega a otros campos en los que pone en riesgo derechos fundamentales, tales como juicios relativos al derecho Familiar y Civil, sin *sensibilidad del contexto* (Dworkin, 1986). Aunado a que se ha construido una justicia lejana, que nunca llega a dar solución a los verdaderos conflictos del día a día. La complejidad la hace excluyente e incomprensible, de ahí que estadísticas de 98 % de impunidad, sentencias tardías o que jamás se ejecutan y resoluciones intrincadas, hacen que las personas pierdan credibilidad en el sistema de justicia, y eso de las cosas más peligrosas que puede tener un estado de derecho; por ello, que hoy, cuando se propone una reforma al Poder Judicial, independientemente de su contenido, las grandes mayorías, esas que han sido defraudadas por el derecho, no muestran ni la más mínima empatía con ese bloque lejano y frío que les representa el sistema judicial.

Todos los días las noticias confirman al grueso de la población lo que creen, narcotraficantes salen libres, funcionarios corruptos jamás pisan una cárcel, homicidas y ladrones en libertad, desbloqueo de cuentas bancarias a todas luces del crimen organizado y el común denominador es una falla procesal, por ejemplo: “no se levantó correctamente el acta de policía”; pruebas altamente concluyentes siendo desechadas bajo premisas de inconstitucionales por teorías penales ajenas al contexto, como la “Doctrina del fruto del árbol envenenado”, todo ello abona a ese escepticismo al derecho, de ahí que el positivismo pragmático de nuestras leyes, no alcance a resolver las necesidades jurídicas, y que a pesar de tener una de las constituciones más extensas del mundo, un sinfín de leyes y reglamentos, más de 6500 juzgadores y 4500 unidades jurisdiccionales federales y locales, la mayoría de las personas jamás obtenga de ello justicia. El amparo ha perdido en muchos casos su función, debido que se ha vuelto un juicio muy técnico e inaccesible para que muchos alcancen una protección efectiva de sus derechos fundamentales y contrario a su función, es usado por muchos abogados como obstáculo para la justicia, retardando procedimientos o inclusive dejando sin efectos resoluciones en favor de las víctimas.

Estamos ante ello, en un sistema judicial nacional carente de legitimidad, pero recordando líneas precedentes, también han habido avances, uno de ellos es la inclusión de México al Sistema Interamericano de Derechos

Humanos, que brinda, en conjunto con el bloque de constitucionalidad, las directrices que se deben seguir y nos pueden ayudar en lo doméstico, a dar luces y alternativas que mejoren la praxis judicial y se mantenga el marco del respeto a los derechos fundamentales, teniendo entonces, en el siguiente capítulo un análisis de dicho sistema, recogiendo los principales retos que tiene México por adoptar en su legislación interna.

### **III. Perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en cuanto al Derecho al Debido Proceso**

En primer lugar, la Corte Interamericana ha sido parte inobjetablemente de un cambio trascendental en la realidad jurídica nacional, estableciendo lo que hoy conocemos como el Control de Convencionalidad, y sosteniendo una serie de normas y principios que ha de acatar el Estado Mexicano, pero que muchas veces, por acción u omisión, irónicamente, vuelven a no obligarse, y realizar inclusive, justificaciones de esta serie de preceptos, donde la Corte no ha tenido intención de juzgar, y solamente, se han realizado interpretaciones aventuradas, u otras veces, estrictas a conveniencia del llamado “acceso a la justicia”.

Ahora bien, el derecho al debido proceso ha sido contemplado dentro del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), que ha establecido diversas garantías relativas a este fenómeno, siempre sosteniendo que esta disposición “no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención”, dejando en claro entonces desde su definición, qué es un conjunto de principios, no solo un cúmulo de normas invariables, y mucho menos imponderables, sin embargo, tenemos un amplio camino por recorrer antes de llegar a esta conclusión (CoIDH, 1987).

Corolario a lo anterior, la Corte ha manifestado la imperiosa necesidad de establecer garantías mínimas a cumplir, ya que no existe una violación manifiesta desde el primer momento en que exista un vicio dentro del procedimiento, sino que este mismo se debe de ponderar para encontrar una violación a derechos humanos, sosteniendo que “el concepto del debido

proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal” (CoIDH, 1990, 2004).

He aquí donde inician los problemas, y se separa la misma interpretación de la Corte al momento de juzgar, y del juez mexicano a la hora de interpretar, toda vez que la Corte ha establecido en múltiples ocasiones situaciones en las cuales, se puede desarrollar un criterio estricto respecto de lo que establece como “reparaciones”, es decir, cuando se deba de tomar en cuenta la anulación de procedimientos y condenas en casos de violaciones a derechos humanos, manteniendo que en casos de violaciones a la integridad personal (ergo, la tortura), y en casos de violaciones a la libertad personal, la medida más idónea en estos casos son, efectivamente, la anulación, sin embargo, al tratarse de “vicios del procedimiento”, solo se deben de cumplir exigencias mínimas respecto del “debido seguimiento del proceso”, observando situaciones que no cumplen este estándar, es decir, que la sentencia no pueda tener validez, y el fondo se vea atentado por la forma, por ejemplo, en casos en que no se pueda recurrir la sentencia en su totalidad por acciones del Estado, casos en que no se le permita la entrada a la defensa del acusado, y casos en donde se omita juzgar ante un tribunal competente (CoIDH, 1999a, 1999b, 2000, 2009, 2014, 2016).

Continuando con el hilo argumentativo, inclusive dentro de los actos derivados de la tortura, se ha establecido que solo se deben de anular actos “procesales” en torno a este, es decir, que en caso de tortura, la violación procesal más grande para la Corte Interamericana, no se requiere anular el juicio en su totalidad, sino que se puede sanear al juicio al remover el material probatorio, y dejar en nulidad la sentencia dictada, lo cual nos establece un criterio mucho menos riguroso que lo establecido por los principales tribunales en el caso nacional, y fncando entonces, las primeras contradicciones entre la constitucionalidad y la convencionalidad (CoIDH, 2010).

A su vez, la Corte Interamericana, ha sentado precedente respecto al juicio en casos establecidos ante este mismo Tribunal, estableciendo que al tratarse de violaciones procesales, los tribunales no deben de tener la jurisdicción respecto de la inocencia o culpabilidad del acusado, ya que eso conlleva una segunda apelación, y no solo entorpece el proceso penal

que se llevó, sino que analizaría con múltiples lupas un mismo punto, y estaríamos ante una violación misma del principio *Non Bis in Idem*, por lo que solo se debe de analizar en torno al concepto de proceso, y no adoptar por parte de un tribunal de alzada, la postura de ser necesariamente un tribunal penal, contrario a lo establecido por los tribunales mexicanos (CoIDH, 2005, 2012).

Si bien, en este caso en particular, los autores nos encontramos en favor de los tribunales mexicanos en cuanto a su competencia, lo cierto es que dicha competencia no ha sido utilizada de la forma idónea al momento de juzgar, ya que, nos encontramos ante una hipótesis totalmente contraria, en donde el procedimiento se observa en torno a la inocencia, y este procedimiento conlleva la determinación de la culpabilidad, con los jueces lavándose las manos ante la determinación, y estableciendo que el procedimiento genera la sentencia, y no que la interpretación de los jueces resulte en relevante en el caso en concreto.

Por otro lado, no se puede ignorar que, en el caso del artículo 8, se han establecido estas garantías judiciales, que no buscamos enlistar, sino brindar un panorama de los detalles contradictorios en torno a la interpretación de dichas garantías a nuestra consideración, por lo que también debemos de entonces, mencionar el artículo 25, y de cómo el proceso legal actual, puede desarrollar violaciones respecto de otras personas, y en sí mismo, el Estado caer en una contradicción, al sobre analizar “violaciones”, generar otras.

Empero, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha normado en torno a la protección judicial, manifestando en su primer numeral que:

toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (OEA, 1969)

Bajo esa tesitura, y desmenuzando este artículo, al referirse a un recurso, siempre se utilizan las palabras sencillo, rápido y efectivo, que no se puede

observar en el caso actual, ya que no solo el procedimiento se entorpece por estos recursos, sino que conllevan un procedimiento muy poco sencillo, nacido de actos procesales complejos, que ha sido ensimismado en torno a un hiperprocesalismo, que desarrolla numerosas violaciones con el objetivo de sanear otras pocas, como se ha establecido con anterioridad.

Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que para que exista un recurso efectivo se debe de considerar que cuando se promueva un recurso por parte de las personas, este pueda desarrollarse de la mejor manera, es decir, brindar la posibilidad real a una persona de poder llegar a tener acceso a la justicia, o debe tener eficacia en torno a la búsqueda de resultados, es decir, llegar a una sentencia, hecho que no ocurre en la actualidad, ya que los recursos existen, sin embargo, estos ya sea por su costo prolongado debido a la deficiencia de los numerosos recursos que existen en torno a un mismo procedimiento, o ya sea por el grado de impunidad que existe en México debido a que la mayoría de juicios, siguen sin resolver, y desarrollan violaciones en torno a las posibles víctimas, y muchas veces, a los acusados, que tienen que pasar tiempo en la cárcel sin tener una sentencia, caso que se observó recientemente por el mismo Tribunal Internacional, determinando las violaciones antes mencionadas (CoIDH, 2000, 2001a, 2001b, 2010, 2015, 2019a, 2019b, 2019c, 2021).

Asimismo, al hablar del recurso rápido, se ha asentado este concepto desde la postura que puede existir un recurso ilusorio e inefectivo en caso de que se incurra en un retardo injustificado de la decisión, contando con un principio de plazo razonable, obviamente siendo observado este criterio para cada caso en concreto, y analizando el criterio de la Corte, debemos los autores sostener que este principio es atropellado por el hiperprocesalismo en México, ya que la Corte ha realizado determinaciones en torno a qué 256 días de plazo en torno a una decisión de un recurso tal como el amparo, es sumamente irracional, hecho que observados en la situación regular en nuestro país, a su vez que, tratándose de casos de procedimientos civiles o penales, se ha establecido que demoras debido a recursos que buscan ralentizar este procedimiento o anularlo en numerosas ocasiones, genera una afectación directa de los Derechos de las víctimas y promoventes, volviendo entonces, a la realidad social que viven los ciuda-

danos de este país, y como se puede observar contradicciones en torno a la interpretación judicial (CoIDH, 2001, 2008, 2018).

Por último, es menester señalar que durante los últimos años, la Comisión Interamericana ha observado el problema de la misma forma que nosotros, los autores, en cuanto a que existe un problema grave respecto de dos temas, la administración de justicia y la defensa de los derechos de las víctimas, y por otro lado, la gigantesca impunidad que surge gracias en parte a lo anterior (CIDH, 2022).

En conclusión, al parecer de los autores, se debe de contemplar al debido proceso como una serie de garantías mínimas, y no como una serie de preceptos establecidos y petrificados en la ley, porque nos encontramos ante una situación irracional, en donde por defender una supuesta “esfera de derechos”, atentamos contra el acceso a la justicia, y la protección judicial de muchos más, siendo una mejor solución la ponderación entre principios, y la búsqueda de un saneamiento en lugar de una anulación total, en lugar de la propuesta actual, hecho que se analizará a continuación.

#### **IV. El iusnaturalismo frente al hiperprocesalismo**

“Nada se parece tanto a una injusticia que una justicia tardía” (Séneca). La postura iusnaturalista, originaria del primer y arcaico derecho, hoy empieza a regresar, de la mano del neoconstitucionalismo, la cual, ha abierto nuevos cauces, que vuelven a dotar al derecho de una aspiración moral y ética, cimentada en la universalización de principios y valores fundamentales en torno a la dignidad humana, los derechos humanos, la paz, la justicia y el progreso social (Laporta, 2005) lo que lleva consigo un deber para los jueces mexicanos, de superar una formación y cultura legalistas, para en su lugar, impartir una tutela jurisdiccional efectiva, resolviendo con una mentalidad que no sea únicamente tecnoburocrática, sino que esté empañada en la realización de los valores fundamentales de la Constitución (Oliveira, 2009).

Tanto la Carta Magna como Jurisprudencia y el mismo Sistema Americano, han establecido directrices que indican la injustificación de que la forma prevalezca sobre el fondo; no obstante, pareciera inaplicable en varias ocasiones, ante jueces puramente legalistas, que ignoran todos los ins-

trumentos internacionales, así como de su propio criterio de interpretación para dentro de los cauces constitucionales, otorgar justicia; incluso, argumentando contravención al debido proceso, como salida más frecuente.

El nuevo constitucionalismo representa aire fresco para un sistema judicial como el nuestro, una oportunidad para replantear todo, y no retroceder, hay experiencias en algunos ámbitos del derecho, en que se han reformado procedimientos para hacerlos más ágiles y tratar de resolver el fondo del conflicto, pero que, abogados y operadores jurídicos, debido a su formación legalista y tecnoburocrática, no tardan en retomar las viejas prácticas, por ello señalamos, que una de las partes fundamentales con las que se debe empezar, es con las facultades de derecho, para que sea desde ahí, donde se plantee una actitud más crítica, en la que el derecho sea la herramienta pero la justicia el fin.

El iuspositivismo, limita el lenguaje negándonos la oportunidad de ver el derecho de esta manera inflexible dependiendo del contexto o del sentido (Dworkin, 1986) pues bajo este modelo, deben existir preceptos exactos que obligan a los jueces a acatar leyes y no ponderar, el formalismo del que parte el positivismo en las leyes, señala que estas deben ser legítimas, un problema tratado en el segundo capítulo, el contexto nacional de poca credibilidad y legitimidad del Poder Judicial, es por ello, que en este debate, se hace una crítica a los sistemas positivistas que sostuvieron dictaduras bajo legitimidad normativa, las constituciones latinoamericanas ya abrazaron los derechos humanos, que las leyes secundarias y la práctica judicial lo hagan también, esa legitimidad se va a encontrar en el consenso del pueblo, en el pacto social que representa una constitución, hay que recordar que la justicia se fundamenta en los requerimientos y necesidades del pueblo, las personas quieren comer, quieren libertad, quieren salud, quieren seguridad jurídica en la esfera de sus derechos, si el sistema no puede satisfacer eso, es un sistema injusto.

La implementación del iusnaturalismo, es la oportunidad de atender las reivindicaciones sociales, que se estudien las leyes existentes a fin de corroborar que respondan a las necesidades colectivas. “El derecho sí debe tener un papel social ordenador y regulador, del sistema institucional, el sistema legal se tiene que adaptar a las nuevas exigencias para generar dentro de los cauces constitucionales nuevas instituciones, respetando el

estado de derecho” (Allende, 1971). Es la corriente del naturalismo la que puede volver a dotar de legitimidad a las normas positivas ante la crisis en la que se encuentra; la teoría de los derechos humanos, fue la puerta que le devolvió al derecho, un sentido humano y de moralidad, pues el núcleo es la dignidad humana; por ello, hoy más que nunca los jueces deben atender la responsabilidad histórica de también poner como centro, la dignidad humana, sostenido en las bases constitucionales, y apoyado en los fundamentos legales,

Está demás decir, que el formalismo jurídico, concebido como abstracción de la realidad social, contenido empírico y fines, ha quedado rebasado por la imperante necesidad de aplicación de los derechos humanos en todos los ámbitos jurisdiccionales, por lo que los jueces deben conocer a la perfección todas sus facultades, iniciando con la convencionalidad y el control difuso, de esta manera, estarán en aptitud de ponderar cuando se vean en la coyuntura entre privilegiar el fondo y fin o mantener la formalidad. Como se ha venido sosteniendo a lo largo del presente, será facultad del juez elegir, fundándose en la Constitución, pues hay casos de aguda dificultad como la tortura, que requieren de medidas a la altura de las circunstancias, existen factores que hacen que cada caso sea diferente, y es esa diversidad la que llama al juez a ser activo en la interpretación y la resolución.

El derecho debe virar al garantismo, entendido como “la filosofía de los fines y los fundamentos del derecho penal y al mismo tiempo una teoría del derecho penal mínimo” (Ferrajoli, 2010) orientado a de verdad materializar los derechos subjetivos, ello solo se logrará a través de instrumentos y mecanismos compatibles con los principios de inmediación, continuidad, publicidad, contradicción y concentración. Los operadores jurídicos deben alejarse del modelo positivista de legalidad del derecho, supeditado a la letra de la ley, pues como se ha explicado, se encuentra en una crisis de legitimidad. Los jueces de hoy siguen con su función declarativa, mecánica y pasiva, el Estado constitucional de Derecho no se condiciona a vínculos formales sino sustanciales establecidos en la Constitución y tratados internacionales, bajo interpretaciones más allá del contenido de la norma, guiados por la máxima de garantizar los derechos fundamentales (Orea, 2010).

El juez, debe tomar decisiones siendo transparente, respetando desde luego el proceso en su justo equilibrio, pues actualmente, es visto con desconfianza, aun cuando su papel es de “marioneta” como la llama Lovera: “Las palabras de la ley nacen del Legislador y las pronuncian los Juzgadores —seres inanimados— que no deben moderar su fuerza ni su vigor” (Lovera, 2009) y aun así, quienes a ellos acuden tienen el temor, de si esas leyes serán aplicadas y si los jueces no traicionarán la ley. Es por lo anterior que, deberán ser la lógica, la experiencia, el apoyo de conocimientos científicos, premisas verificables y empíricas, las que auxilien a los jueces en la tarea de la ponderación y toma de decisiones, con miras a garantizar los derechos fundamentales en todo procedimiento. La discusión está abierta, la crítica es vital para cualquier democracia, es importante reconocer los avances y los retrocesos, el sistema judicial en México tiene mucho por mejorar, en especial, los locales, la filosofía del derecho tiene que ser un elemento dinámico de cambio, al que no le debemos temer, ya que con el diálogo tenemos todo que ganar.

## **V. Conclusión y recomendaciones**

Si bien, este ensayo se ha centrado en la separación de las corrientes en un sentido estricto, la realidad es que este cambio surgió de lo que llamaríamos la muerte del “juez tradicional muerto”, es decir, la muerte del iuspositivismo dentro de la ley, y lo que hoy sigue ocurriendo, el nacimiento del constitucionalismo en un sentido arraigado en nuestro sistema judicial, sin embargo, el juez tradicional se encargaba, solo de utilizar la ley y adoptar cada uno de los criterios a la realidad jurídica, subsumiendo los casos dentro de la ley, hecho que quiere seguir manteniendo a nuestra consideración, muchas veces los jueces en la actualidad.

A pesar de esto, se puede encontrar en el análisis, una tendencia bastante desfavorable en torno a que el iuspositivismo fue asesinado, y por ende, el juez tradicional no puede ser una excusa, y los jueces actuales lo saben, y el error no se encuentra dentro de la falta de ponderación, insistimos, sino en que esa ponderación no sea utilizada en torno al hiperprocesalismo, y además cuando se realiza por motivos procesales, solo se desarrolla cuando se requiere por motivos políticos, que muchas veces ignoran lo que se ha planteado en el fondo de un asunto, que debería ser lo fundamental.

Es por ello, que como primera recomendación, se debe de establecer una ponderación en torno al debido proceso, procurando un mayor índice de saneamiento, más que de retroceso en un procedimiento, que ya en sí mismo, resulta en lento, y eso, solo conlleva a que sea ilusorio, evitando una defensa debida de los derechos humanos.

Corolario a lo anterior, se debe entonces, establecer un control menos estricto dentro de las leyes federales y estatales, nunca pudiendo plantearse situaciones prácticamente utópicas, con adjetivos como “perfectos”, situando en total desventaja al funcionario de realizar el acto de forma totalmente perfecta, sin posibilidad de sanearlo, poniendo en perjuicio a su vez, a las víctimas, por lo que se requiere un control de constitucionalidad y un menor control jurisdiccional, ya que de la Constitución es de donde emanan todas las leyes, y debería de resultar en una guía más que en un símbolo.

Como ha establecido incluso por el doctor José de Jesús Becerra Ramírez: “Aunque se ha llegado a mencionar que nos encontramos en un tiempo llamado de los derechos, según lo ha expresado Norberto Bobbio, tal expresión no significa, como lo resalta el referido autor, que necesariamente los derechos fundamentales sean toda una realidad en la vida de las sociedades contemporáneas, más bien vivimos la preocupación que generan los múltiples problemas a los que se enfrentan los derechos de las personas, su reconocimiento y su posterior garantía”, siendo entonces, que el procedimiento no ha permitido el reconocimiento y la garantía de derechos en su totalidad, incluso sosteniendo que la mayoría de controversias en materia de amparo versaban en la legalidad, y no constitucionalidad, y muchos menos de tratados internacionales (Becerra, 2009).

En conclusión, consideramos sumamente necesario educar a las futuras generaciones, en vista de la creciente necesidad de juzgar, siempre sosteniendo que el procedimiento no es absoluto, y tampoco debe de serlo la decisión de los jueces, porque en caso de que nos encontremos ante grupos judiciales dedicados a decidir solo en torno de sus intereses, y entorpecieren la justicia con ello, estaríamos ante lo que llamaríamos, la dictadura de los jueces.

## VI. Referencias

- Alcalá-Zamora, N. (1947). *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*. México: UNAM.
- Allende, S. (1971). *Primer mensaje al Congreso Pleno*. Chile.
- Becerra, J. (2009). *Los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano*. España: Universidad Carlos III de Madrid.
- Carrillo, Y. & Caballero, J. (2021). *Positivismo Jurídico*. Bogotá: Prolegomenos.
- CIDH (2022). Capítulo V: Seguimiento de Recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. México. Obtenido en: [https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2022/capitulos/14-IA2022\\_Cap\\_5\\_MX\\_ES.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2022/capitulos/14-IA2022_Cap_5_MX_ES.pdf)
- CIDH. (2016). *Situación de Derechos Humanos en México*. Obtenido en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>
- CoIDH. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de agosto de 2008.
- CoIDH. *Caso Bamaca Velázquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.
- CoIDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009.
- CoIDH. *Caso Berenson Mejía Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004.
- CoIDH. *Caso Cabrera García y Montiel Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- CoIDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000.
- CoIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999.
- CoIDH. *Caso Cesti Hurtado Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999.
- CoIDH. *Caso Colindes Schonenberg Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04 de febrero de 2019.
- CoIDH. *Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek Vs. Paraguay*. Fondo, Repa-

- raciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.
- CoIDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005.
- CoIDH. *Caso Hernández Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019.
- CoIDH. *Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2016.
- CoIDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06 de febrero de 2001.
- CoIDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015.
- CoIDH. *Caso Mohamed Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012.
- CoIDH. *Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.
- CoIDH. *Caso Ríos Avalos y otro Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2021.
- CoIDH. *Caso Romero Feris Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019.
- CoIDH. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de febrero de 2018.
- CoIDH. *Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001.
- CoIDH. *Excepciones al agotamiento de recursos internos*. OC-11/90 del 10 de agosto de 1990.
- CoIDH. *Garantías Judiciales en Estado de Emergencia*. OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.
- Dworkin, R. (1977). *Derechos en Serio*. Boston: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *El Imperio de la Justicia*. Boston: Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. (2010). *Garantismo y derecho penal, un diálogo con Ferrajoli*. México: Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
- Hart, H.L.A. (1958). *Positivismo y la Separación del Derecho y la Moral*. Boston: Harvard Law Review.

- Hart, H.L.A. (1961). *El Concepto de Derecho*. Boston: Harvard Law Review.
- Kelsen, H. (1928). *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*. Paris: Revue du Droit Public.
- Kelsen, H. (1934). *Teoría Pura del Derecho*. Viena: Franz Deuticke.
- Laporta, F. (2005) *Globalización e imperio de la ley*. Algunas dudas Westfalianas Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
- Lovera, D. (2009) *Justicia y Derechos del Niño, Interpretación Judicial*. Chile: UNICEF.
- Medina, S. (2009) *La resolución penal. Errores frecuentes*. México: Porrúa.
- Montesquieu, B. (1748). *El Espíritu de las Leyes*. Ginebra.
- Oliveira, C. (2009). El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales, *Revista de Derecho*, Chile.
- Orea, S. (2010). *Los derechos humanos y el nuevo sistema de justicia penal*. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Organización de los Estados Americanos (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido en: <https://www.refworld.org/es/leg/multilateral treaty/oas/1969/es/20081>
- Toledo, A. (2016). El Poder Judicial bajo ataque por defender el debido proceso. *Nexos*. Obtenido en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/el-poder-judicial-bajo-ataque-por-defender-el-debido-proceso/>
- Urueña, M. (2017). El Positivismo de Kelsen y Hart en el Derecho Internacional Contemporáneo: Una mirada crítica. Colombia: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*.
- Villalonga, C. (2019). Analizando el Modelo de Juez Racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo. Chile: *Revista Chilena de Derecho*.