

3. Los casos fáciles, difíciles y trágicos, la sobrevaloración de los ejercicios de ponderación en México.

En el campo jurídico pueden existir tres tipos de casos los fáciles, los difíciles y los trágicos, los primeros atienden a un ejercicio de subsunción en el cual existe un apego directo del caso a la norma y no requiere ejercerse un ejercicio de interpretación, en el caso difícil se utiliza la interpretación jurídica y los ejercicios de ponderación para ejercer una determinación en la cual la decisión de la autoridad debe procurar mantener los derechos en un constante equilibrio; en el caso trágico se usa un exceso de ponderación y la decisión tomada forzosamente afecta los derechos de una parte sobre la otra colocando una en una posición ventajosa sobre la otra.

La ponderación es un ejercicio que debería ser realizado al mínimo, sin embargo, se ha utilizado desmedidamente, por lo cual no existe una uniformidad en las determinaciones de los valores. El sistema jurídico mexicano se encuentra alejado de cumplir con los postulados clásicos de justicia pronta y expedita, sin embargo, el derecho pretender dar certeza, la certeza vista como un principio que se persigue en casos que involucren situaciones de conflicto en las cuales exista un orden público y un interés social. La certeza puede encontrarse en la ley, sin embargo, puede ampliarse a otras fuentes formales, reales o históricas del derecho para garantizar la proporcionalidad del orden público y el interés social.

El problema de la ponderación en el caso del idioma español es el significado que poseen las palabras, lo cual lleva a señalar que el lenguaje juega un papel determinante. La riqueza de la lengua española al ser tan amplia complica la comprensión y el acuerdo sobre un determinado tema, a pesar de la sintaxis y semántica perfecta, que pudiera existir en las sentencias judiciales, una falta de comprobación entre los razonamientos emitidos. El lenguaje jurídico se compone de las proposiciones del derecho y los fundamentos jurídicos, la proposición como

juicios descriptivos sobre contenidos jurídicos, y los fundamentos del derecho se vuelven los consecuentes de las premisas razonadas por los juristas.¹⁰¹

Algunos aspectos del lenguaje están inextricable e inevitablemente ligados, por ello es importante comprender su pragmática y la teoría de la acción donde se plantea la problemática de la intencionalidad, al ser necesaria la comprensión de sus estructuras para la creación de juicios de ponderación. La pragmática del lenguaje establece un soporte para las características simbólicas en las cuales se establezca un pensamiento cognitivo.

Uno de los problemas es la falta de un lenguaje jurídico en común, tal y como lo señalaba Radbruch, si bien su propuesta consistía en obligaciones, facultades, prohibiciones y permisos, no es menos cierta que todas las anteriores se vinculan con los principios, las libertades derivadas, las libertades fundamentales, reglas de trato, las esencias jurídicas, por ello es que existe una relación entre los componentes lingüísticos y los elementos ontológicos,¹⁰² dentro del ámbito jurídico los componentes lingüísticos, además, de los signos de puntuación se componen de elementos jurídicos y las proposiciones fácticas, que permiten su estructuración a través de una serie de premisas lógicas; los elementos ontológicos se componen propiamente del grado de certeza, aquello que debería ser.

Para realizar ejercicios de ponderación, usamos los enunciados internos como resultados normativos, mientras los externos son descriptivos. Los enunciados jurídicos internos (EJI) se definen por construir expresiones de aceptación normativa, sin embargo, se traducen como análisis satisfactorios, mediante los cuales se despejan dudas e inquietudes, desde perspectivas como las de Gibbard, se conforma como una suma, que ofrece precisiones de los términos de interés por medio de la presentación de expresiones sinónimas,¹⁰³ es decir, exista una concordancia entre aquellos hechos que se juzgan, los derechos involucrados, y los razonamientos que permiten llegar a la conclusión, además, debería agregarse la

¹⁰¹ Dworkin R (1986) *Law's Empire*. London, Fontana Press, p. 4

¹⁰² Bustos Guadaño E (2013) *Filosofía del lenguaje*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a distancia, p. 13

¹⁰³ Gibbard A (2003) *Thinking How to live*. Cambridge, Harvard University Press, pp. 236-237

sujeción a la comprobación de los resultados, pues las apelaciones, finalmente son comprobaciones que se realizan sobre los razonamientos lingüísticos y jurídicos de las sentencias. Es preciso señalar lo que señala Gibbard:

El análisis oblicuo se centra no en los enunciados de primer orden (internos) que en el fondo interesen, sino en enunciados de segundo orden, teóricos, que atribuyan a ciertos hablantes la formulación de enunciados de primer orden; o en la caracterización de los estados mentales involucrados en la formulación de los enunciados de primer orden investigados.¹⁰⁴

El razonamiento de Gibbard de la pauta para crear una ponderación comprobable, desde un trabajo de la exegesis como el que propone Toh¹⁰⁵ sobre los EJI, presenta:

- La aceptación de una norma que considera dotada de validez de acuerdo a la regla de reconocimiento del sistema jurídico de su voluntad.
- Presupone el contenido aceptado de la regla de reconocimiento.
- La eficacia de esa regla de reconocimiento.

Propiamente expone la necesidad de un sistema de comprobación, basado en el principio general “donde existe igual razón debe haber igual disposición”, esta analogía, busca seguirse en las teorías de los casos, así como en la argumentación jurídica basada en razonamientos jurisprudenciales. Pero esta analogía queda abierta a una pluralidad de interpretaciones, lo que debe realizarse es una acotación, que permita el comprobarla y nos lleve a un resultado más concreto y aceptado.

Los lenguajes, son usados por todos aquellos que quieren producir y transmitir un determinado sentido, en el mundo jurídico el sentido que se pretende transmitir es el grado de certeza de una actuación, una omisión, un permiso o una facultad, a través de un análisis pormenorizado de las situaciones fácticas y jurídicas, así como de los elementos que la conforman. Para producir discursos es necesario usar el lenguaje, los discursos pueden ser sentencias. Existen dos grandes diferencias en el uso descriptivo y el prescriptivo del lenguaje,¹⁰⁶ las cuales a su vez afectan al mundo jurídico. El lenguaje descriptivo, implica la representación de un objeto físico

¹⁰⁴ Gibbard A (2012) *Meaning and normativity*. Oxford, Oxford University Press, pp. 179

¹⁰⁵ Toh, K (2005) Hart's Expressivism and his Benthamite Project, *Legal Theory* núm.11 P. 75-123

¹⁰⁶ Correas O. (2011), *Introducción a la sociología jurídica*, 3ª edición, México, Fontamara, p.58

por medio de nuestros sentidos, en la cual explica las partes que consta sus cualidades o las circunstancias en que se presenta. La descripción se aplica a un estado y proceso, se realiza conforme a una perspectiva o punto de vista bien de índole subjetiva u objetiva,¹⁰⁷ por ello dentro del lenguaje jurídico, los testimonios o bien las demandas son versiones subjetivas de una circunstancia o hecho, hasta que no se logren corroborar o se les otorgue la certeza por medio de una sentencia es como se transforman en una visión objetiva. Finalmente, el lenguaje prescriptivo, es aquel que se utiliza para indicarle a un interlocutor qué es lo que debe hacer,¹⁰⁸ concretadas como una sentencia se faculta a la autoridad para que ordene a una de las partes en conflicto a realizar, dejar de realizar, u abstenerse de cierta conducta.

El uso de las diferencias del lenguaje puede utilizarse cuando se trate de la aplicación de normas jurídicas y en la revalorización de los elementos jurídicos. Desde el punto de vista ontológico es posible concatenar dichas situaciones expresadas con anterioridad con la acción social que Max Weber describe. Para Weber, una acción se concreta para entender a una conducta humana, siempre que el sujeto sea enlazado a ella en un sentido subjetivo.¹⁰⁹ El sentido pensado por un sujeto está referido a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo conforme a lo establecido en la norma.

Un enfoque descriptivo en el lenguaje legal, implica que el sujeto adecue su actuar a lo señalado en la norma, sea para la obtención de un permiso o bien para la realización de una acción, no hacerlo implica la generación de un lenguaje prescriptivo en el cual se lo obliga al sujeto a realizar un ajuste a su conducta.

Un lenguaje jurídico de prescripción implica en un primer momento la revalorización de los elementos jurídicos, para determinar su valor y si estos se acercan en mayor proporción al peso que posee el principio de certeza, conforme a la teoría descrita

¹⁰⁷ Cabrera Adriana, N. P. (2008) Lenguaje y comunicación: teóricos generales características estructura naturaleza y funciones del lenguaje y de la comunicación oral y escrita. El nacional Venezuela, p. 127.

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ Weber M (1983) Economía y sociedad, México, Fondo de Cultura Económica, p. 5

de la gran maquinaria. Los juicios de ponderación al final son productos comunicativos, son la consecuencia de operaciones semióticas de la producción, que permite establecer un resultado, en el cual señalamos cual derecho pesa más dependiendo las circunstancias del caso, ello deja una libertad absoluta, y por consiguiente los criterios en ocasiones pueden tornarse demasiado amplios al punto de rallar en la vaguedad. Lo que se propone utilizar el lenguaje prescriptivo, pero readaptado bajo parámetros numéricos, a fin de determinar si un principio pesa más que una libertad fundamental, una libertad derivada o el peso entre dos libertades fundamentales.

El realizar constantemente ejercicios de ponderación como lo ha estado haciendo el poder judicial mexicano, sin que exista una base sólida en cuanto al peso que debe otorgarse a los principios y derechos sujetos en estos ejercicios, ha permitido la generación de jurisprudencia de conceptos, además, de criterios constantemente contradictorios, sin llegar a un punto concreto, dando demasiada libertad al momento de generar las interpretaciones, si bien esta interpretación se aúna a la sana crítica del juzgador y la valoración de las pruebas, muchas veces no existe un sistema de comprobación en las actuaciones. Recuérdese que los ejercicios deberían ser únicamente para casos difíciles, no obstante, para los jueces mexicanos se ha convertido en una adicción, principalmente porque sin tener una base sólida de derechos se ha tornado a librarse conforme a la sana crítica del juzgador, ello genera un vicio. Por ello el derecho debe tratar de ser más concreto, y emitir resultados que le permitan ser comprobables, al punto de no llegar a una posición hermética y rígida en la interpretación legal, ni una que resulte sobreprotectora, en ambos casos se hablaría que el derecho es injusto y por tanto no es derecho.

El problema de los juicios de ponderación, en los países de habla hispana es el uso lenguaje español, concretamente en su terminología lingüística, lo cual sin lugar a dudas afecta directamente a la semiótica, ello se debe a que el español es una lengua con dominio, a que refiere la premisa anterior, esta se puede concretar en la siguiente pregunta ¿Quién posee ese dominio? Desde la posición gramatical podría

pensarse que la Real Academia de la Lengua Española tiene el dominio, al decir que término es aceptado y cual no lo es. El español jamás ha sido un idioma exacto mucho menos en el mundo jurídico, cuando en español hablamos de derecho el término trae implícito los derechos, los criterios legales y la jurisprudencia, mientras, hablar de derecho en el idioma inglés o alemán, resulta más preciso, pues *right, law, jurisprudence o der rechtslehre, gesetz, rechtsprechung*, refieren a conceptos claros y específicos, no engloban subcategorías como suele hacerse en español. Lo anterior no debe mal interpretarse, pues el alemán o el inglés no resultan mejores que el idioma español, más bien existe una mayor concordancia en los términos y la construcción de los discursos en estos lenguajes, no obstante, continuamos en la misma disyuntiva ¿Cómo establecer un valor universal a los derechos? Esta pregunta se encuentra en un inicio mal formulada, establecer un valor universal resulta imposible, pues las apreciaciones de un mismo tema aun entre las naciones resultan muy compleja, ya que parten de apreciaciones subjetivas debido a los factores históricos, sociales, culturales y económicos. No obstante establecer un sistema de comprobación o valor a los elementos que conforman el núcleo duro del derecho común si resulta posible, partiendo de la existencia de un lenguaje jurídico común como lo señalaba Radbruch, pero debe realizarse una introspección sobre el mismo derecho a fin de comprobar una certeza jurídica, en las decisiones judiciales, en tanto no se logre seguiremos acéfalos, pues las decisiones no podrán ser comprobadas incluso entre los estudiosos de otros sistemas.

Partir de la asignación de valores numéricos a las libertades fundamentales, derivadas, reglas de trato, esencias y principios puede resultar tan peligroso como benéfico y certero; mal efectuada puede llevar al caos, pero bien realizada puede llevar a una estandarización y comprobación de las decisiones judiciales, logrando la apreciación simultanea de la visión objetiva y subjetiva de la justicia. Estos valores que se pretenden asignar no forzosamente operan para todas las operaciones jurídicas, son una pauta para la comprobación de la argumentación realizada durante los ejercicios de ponderación. Las leyes dentro del contexto mexicanos son en su mayoría imprecisas, ello permite que se engloben muchas subcategorías, debido al mal uso del lenguaje jurídico, confundiendo con ello reglas de trato con

principios, así como la creación de categorías y subcategorías que no se vinculan propiamente con la esencia inicial de la legislación, ejemplo de ello es el artículo cuarto constitucional de la legislación mexicana, los cuales resultan incongruentes entre el derecho que se pretende garantizar y aquellas reglas programáticas que deberían encontrarse en legislaciones secundarias. Haciendo un análisis comparado entre los textos fundamentales de (constituciones) México y Alemania, se obtiene el siguiente resultado comparativo:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Ley Fundamental de la República Federal de Alemania
Artículo 4º.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley. Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.	Artículo 6º.- El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal. (2) El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento. (3) En contra de la voluntad de las personas autorizadas para su educación, los hijos sólo podrán ser separados de sus familias en virtud de una ley, cuando las personas autorizadas para su educación no cumplan con su deber o cuando, por otros motivos, los hijos corran peligro de quedar abandonados. (4) Toda madre tiene derecho a la protección y a la asistencia por parte de la comunidad. (5) La legislación debe asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que respecta a su desarrollo físico y espiritual y a su posición social.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento. En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural. Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia.	
---	--

Del análisis comparado podemos señalar que la ley Fundamental de la República Federal de Alemania aborda en su artículo sexto un solo tema que es la familia, mientras la constitución mexicana aborda once tópicos los cuales son; la igualdad

entre hombres y mujeres, el derecho a la familia, medio ambiente sano, derecho a la salud, derecho a la alimentación, interés superior del menor, derecho a la cultura, derecho al agua, derecho a la vivienda, derecho a la identidad, acceso a programas sociales. De manera coloquial podríamos decir que el texto constitucional mexicano aborda todos los temas y a su vez ninguno concreta. Montesquieu señaló que el estilo de las leyes debía ser simple; la expresión directa se entendía siempre mejor que la reflectada.¹¹⁰

El problema estriba en la interposición de subcategorías, al igual que en la mezcla de tópicos, como se ha hecho mención, la inexistencia de un orden en los temas jurídicos que se pretendían abordar desde el sistema jurídico mexicano, permite su difícil comprensión. Puede existir una correlación entre los distintos derechos, sin embargo, no es menos cierto que la codificación debe ser clara y precisa. Es erróneo usar términos jurídicos para tratar de emplearlos como sinónimos, o bien para crear la aplicación analógica. Hasta cierto punto el uso simbólico de las normas y los discursos jurídicos, genera un recurso constante en la declaratoria de estado de excepción constitucional, al no cumplirse con los fines últimos del Estado. La falta de coherencia normativa, genera una confusión, lleva a la realización de una ponderación entre elementos que no pueden ser ponderados como las reglas de trata y las libertades fundamentales, esto lleva a una errónea comprensión de lo que significa el derecho en el contexto latinoamericano.

Autores como García Villegas señalan “mientras más limitado es el margen de maniobra política de los gobiernos latinoamericanos, menos operante es la democracia representativa, más necesidad tienen los gobiernos de recurrir al derecho para responder a las demandas sociales.”¹¹¹ Lo cierto es que el margen de actuación política de los gobiernos latinoamericanos no es tan limitado como pareciera, se sigue la premisa de establecer un margen de maniobra limitado, para garantizar la subsistencia de las instituciones estatales y con ello garantizar el fin del gobierno; la necesidad de recurrir al derecho para responder a las demandas

¹¹⁰ Montesquieu, (2011) *El espíritu de las leyes*, México, Porrúa.

¹¹¹ Villegas García M (2010). *Sociología y crítica del derecho*, México, Fontamara, pp. 21-22

sociales, es una situación que debe comprenderse desde un doble enfoque como es la visión del *realismo jurídico*, en el cual el derecho cobra vida cuando llega a los tribunales, o bien si se demuestra la falla en los sistemas de justicia,* esto permite a las personas hacer un reclamo de la reivindicación de sus libertades fundamentales, las personas llamarían derecho pero sería distante de su concepción primigenia.

En el contexto latino los sistemas jurídicos son sistemas burocráticos, llenos de trámites administrativos, a punto de caer en lo absurdo y tan lentos que muchas personas prefieren no acudir a los mismos. La administración de justicia se burocratizó, y la administración pública se judicializó, al punto de existir distintos recursos que deben agotarse antes de acudir a los tribunales. Siguiendo ese orden de ideas los denominados controles jurídicos son producidos para imponer y legitimar acciones de política pública que disfrazan la deficiencia de la aplicación de las mismas o de la normativa adjetiva.

La ingeniería jurídica consagrada dentro de los casos vinculados con derechos humanos, la normativa deriva de una actitud ciudadana de desobediencia, desconfianza o simplemente negligencia frente al cumplimiento de las normas del derecho oficial, consideran que la aplicación de estas normas perjudica en mayor medida a los derechos que se pretenden salvaguardar, o bien que la ley resulta ser tan poco clara que permite navegar en la penumbra jurídica, aplicando constantemente el *principio in dubio pro reo*. En materia jurídica Europa y América se encuentran hermandas, el concepto de ciudadanía le fue arrebatado una cultura de cumplimiento de la ley, defensa y protección de los derechos ciudadanos, hoy tanto los ciudadanos europeos como los americanos desean un mayor cumulo de libertades, pero no así de las obligaciones.¹¹²

* Entiéndase que un sistema de justicia forma parte de un sistema de gobierno, por lo que no puede ser interpretado de manera aislada, de manera que no se compone únicamente, por los fiscales, jueces y magistrados, dicho sistema engloba una red administrativa burocrática tan amplia y compleja como el propio gobierno decida crearla.

¹¹² De Sousa Santos B (2003). La caída de Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política, Bogotá, ILSA, p. 60

Valdría la pena preguntarse ¿el derecho se encuentra en una constante reingeniería e institucionalización? Las personas desean ver reflejado el contenido de las normas internacionales, en sus legislaciones y políticas internas, a fin de hacer efectivos dichos derechos. Esta intención por loable que parezca genera un detrimento en la política de protección jurídica de los regímenes jurídicos, al punto de desviar esa protección y generar un sobre proteccionismo, el cual comienza con elevar las reglas operativas, de trato, y la especificidad de esa libertad fundamental dentro las leyes, mina los alcances de interpretación jurídica en su plano fundamental, lo cual hace que deba interpretarse conforme a lo señalado en las reglas de trato, de suerte que se genera una relación simbiótica forzosa entre la forma y el fondo, la cual en ocasiones supedita el fondo a la forma. Lamentablemente en el sistema jurídico mexicano en la mayoría de los tribunales estudian preferentemente las causales de improcedencia y sobreseimiento antes que el fondo, una de las razones principales es la denominada simplificación, dentro del contexto latino significa realizar más con menos, es decir, si no existe una inyección de capital al sistema de justicia y constantemente se realizan recortes de personal, el restante debe resolver el mismo número de asuntos, sin disminuir la calidad de atención, lo cual resulta imposible.

Raz por su parte ha señalado que los sistemas jurídicos son sistemas abiertos pues una de sus principales funciones consiste en conferir fuerza obligatoria a las normas que en un momento no pertenecen a él, pero adoptan características de la sociedad que los interpreta, y da coercibilidad.¹¹³ Propiamente el derecho en un cierto momento puede ser entendido como un macrosistema; un conjunto de normas que un juez toma en consideración para resolver un problema concreto y reconstruir ese macrosistema de normas a un microsistema.

¹¹³ Raz, J (1990) *Practical Reason and Norms*, 2a edi., U.S. A. Princeton University Press. p. 152-154