

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT

UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL



QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRÍA

TÍTULO:

El formalismo jurídico procesal civil en Nayarit.

Licenciado:

Carlos Hernán De Alba González

Director de tesis:

Dr. Pedro Antonio Enriquez Soto

Codirectores de tesis:

Dra. María Dolores Cossio

Dr. José Miguel Madero Estrada

Tepic, Nayarit; a 14 de julio del 2017

ÍNDICE

Introducción.....	5
Planteamiento del problema.....	5
Hipótesis.....	7
Justificación de investigación.....	7
Objetivo.....	8

Capítulo 1.

CONCEPTOS RELACIONADOS PARA ENTENDER EL FORMALISMO

1.1. Formalismo jurídico.....	10
1.2. Estado de derecho.....	15
1.2.1. Legalidad y legitimidad.....	19
1.3. Seguridad jurídica.....	22
1.4. Reglas y principios.....	26

Capítulo 2.

ANTECEDENTES DEL FORMALISMO

2.1. Derecho primitivo.....	32
2.2. El derecho en la antigua Grecia.....	35
2.3. Derecho romano.....	36
2.4. El derecho en la Edad Media europea.....	40
2.5. El desarrollo del derecho canónico y común.....	42
2.6. El derecho en el renacimiento.....	44
2.7. Estado de derecho legal (formalismo moderno).....	45
2.8. Estado de derecho constitucional.....	50

Capítulo 3.

CRITERIOS EN CONTRA O A FAVOR DEL FORMALISMO

3.1. Criterios vinculantes.....	54
3.1.1. Constitución y tratados internacionales.....	54
3.1.2. Jurisprudencia mexicana.....	56
3.1.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	62
3.2. Criterios orientadores.....	64
3.2.1. Leyes.....	64
3.2.2. Tesis aisladas de México.....	66
3.2.3. Precedentes de otros países.....	69

Capítulo 4.

NUEVO PARADIGMA DEL FORMALISMO JURÍDICO EN EL PROCESO CIVIL DE NAYARIT

4.1. Proceso.....	74
4.2. Reglas y principios <i>prima facie</i>	79
4.3. Código de Procedimientos Civiles para el estado de Nayarit a la luz del formalismo.....	83
Conclusiones	92
Fuentes de información.....	93

Agradecimientos

En primero termino debo agradecer a mi Dios por darme la vida y permitirme continuarla, en segundo y no menos importante, sino por el contrario, con el mayor valor, será el decirle a mis padres que, si en este trabajo se encuentra algo bueno es en gran medida por todo su apoyo, por gran razón espero se encuentren orgullosos, pues su buena educación me lleva a buenas decisiones, en este sentido he decidido realizar una maestría y como consecuencia realizar una investigación científica (una de las mas grandes experiencias y satisfacciones, independiente de los resultados que genere el examen que presente para defender la presente tesis).

Por su parte el contexto de esta investigación es el estudio del derecho, por esta razón doy gracias a mis maestros de licenciatura, que su formación sea de cualquier visión filosófica, me han permitido hacerme las presente preguntas de investigación y por lo cual tener materia para la investigación, pues como bien me lo enseñó mi Tutor el Dr. Pedro Antonio Enríquez Soto, una investigación no funcionara si no hay un buen planteamiento del problema.

En este sentido la Dra. Maria Dolores Cossio, me enseñó a darle sentido a la frase que dice "la forma también es fondo", por su parte el Dr. José Miguel Madero Estrada, su enseñanza durante clases de maestría y su gran experiencia en el derecho Constitucional me ha transmitido esa inquietud por voltear a ver el derecho constitucional diferente solo una Constitución como la simple cúspide de un sistema jurídico, del Dr. Pedro Antonio Enríquez Soto sus enseñanzas desde licenciatura y maestría, vendrían pues a darme una actitud critica en el derecho desde puntos tan importantes como la argumentación, la interpretación, los temas novedosos dentro del derecho jurídico de la última década, como la reforma en materia de derechos humanos. En fin, si en este trabajo se encuentran cosas buenas, por supuesto serán principalmente por los consejos que durante los coloquios de investigación realizaron los cotutores y mi tutor.

Introducción

La metodología utilizada en el presente trabajo es el científico en razón de que cuenta se siguieron los pasos con el cual se obtienen resultados científicos, que son el planteamiento del problema, la generación de una hipótesis como una respuesta al problema antes de realizar una investigación, la experimentación consistente en la investigación a fondo del tema y la conclusión; así también se utilizaron dentro de los capítulos, método histórico, comparado, deductivo, inductivo, fenomenológico y analógico; y para llevar a cabo todo, técnicas de investigación documental y digital

El **Planteamiento del problema** consiste en que, el proceso comprendido desde su organización, funcionamiento, configuración y estructura interna; esta preestablecido por reglas que buscan mantener seguridad jurídica, maximizando la capacidad de previsión de solución de conflictos y evitar el arbitrio judicial manteniendo la discrecionalidad al mínimo posible para aumentar la previsibilidad de la decisión judicial, el problema se presenta cuando estas reglas retrasan o impiden la justicia, ya que al plantear un asunto jurídico ante un órgano jurisdiccional, la aplicación de las mismas puede generar el fenómeno jurídico conocido como "formalismo exagerado", que no cumple su finalidad, la justicia.

En el estado de Nayarit la justicia no puede ser una fórmula matemática preestablecida en las leyes adjetivas, si bien es cierto que existen reglas, estas no son la finalidad del proceso, sino son un medio para llegar a la justicia; el observar criterios diversos de los Juzgadores, desde aplicar literalmente las reglas del código sin razón o con la razón de que es derecho vigente, hasta dejarlas de aplicar sin razón o justificándose en principios o en la justicia con intenciones activistas y queriendo proteger y garantizar los derechos humanos (puede ocasionar todo lo contrario), lo anterior deja en una incertidumbre jurídica al justiciable de no saber cómo se resolverá su asunto.

Para no llegar a mantener unas reglas que no cumplan con su fin, ni al contrario, una aplicación arbitraria de principios con la justificación de llegar a la justicia, modificando o sin observar las reglas: ¿Cuál debe ser el equilibrio entre la seguridad jurídica integrada por las reglas preestablecidas en un proceso jurisdiccional y la justicia, esta como finalidad del mismo proceso, para llegar a obtener una plena eficacia? El problema pues, no es si se debería resolver los problemas conforme al derecho, sino que se debería privilegiar, el texto de la ley o las finalidades de esta.

Si bien es cierto que el derecho procedimental (entendido éste como las normas jurídicas preestablecidas) es autoridad, pues ha sido establecido para obtener un orden en la solución de controversias, se olvida que el procedimiento no puede ser aplicado con la justificación de que es norma válida establecida por el legislador (validez formal) si este implica impedir la justicia, por lo cual se debe observar que también se cumpla con una validez sustancial.

En el contexto jurídico mexicano, lo anterior se observa a partir de la reforma en derecho humanos publicada en el Diario Oficial de la federación el 10 de junio de 2011, en donde a lo que nos interesa, se establecen lo que en la doctrina se conocen como principios de "interpretación conforme, pro persona, progresividad, interdependencia", lo que implica entre muchas cosas, la búsqueda de la interpretación de las reglas procesales se encuentre en concordancia con lo establecido en la constitución y tratados en materia de derechos humanos, igualmente, de las interpretaciones posibles buscar la que más favorezca a la persona, lo anterior quiere decir que el derecho procesal no es autónomo al sustantivo, lo que implica que no se deben de aplicar si es contrario a ésta, en resumen, se tiene que evitar una interpretación formalista, cuando esta valla en contra de los derechos humanos mencionados.¹

¹ Medellín Urquiaga, Ximena: *Principio pro persona*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Naturalmente como respuesta humana a un problema se genera una **hipótesis** consistente en que, el juzgador debe aplicar las reglas del proceso tomando en cuenta si al caso concreto se cumple con la finalidad que fueron puestas las reglas, de ser negativo, se tendrá que inaplicar las reglas para aplicar directamente principios.

Por lo anterior, la investigación tendrá su **justificación**, en razón de ser necesario atacar el problema desde el punto de vista de la filosofía del derecho procesal, para así criticar y reflexionar sobre los postulados que ya han sido defendido por múltiples autores y además de ser utilizadas en las practica jurídica; sin llegar de ninguna manera al dogmatismo, es decir, dando posturas extremas realizando conceptos absolutos, verdaderos o invariables al derecho, sino que se debe razonar desde diversos puntos de vista, como desde el axiológico, moral o de justicia, desde el jurista y el filosofo, entre otros; así pues se trata de dar una critica a ese pensamiento puramente del derecho positivo, del dogma de seguir únicamente lo escrito literalmente en la norma, salir del conformismo del derecho positivo, de lo que el jurista da por bueno. Un análisis filosófico del derecho es el que permite un cambio en actividad del derecho solo como sumisión estricta a la ley, debemos dejar de separar el derecho procesal de la justicia; todo esto para dar mas conocimientos y acercarnos a mas soluciones.²

De tal forma, encuentro que en el desempeño como abogado en juicios y en la doctrina que he leído sobre iuspositivismo e iusnaturalismo, me he dado cuenta que la justicia no puede ser una fórmula matemática preestablecida en los Códigos de Procedimientos, si bien es cierto que existen reglas, estas no son la finalidad del proceso, sino son un medio para llegar a la justicia; el observar

y Comision de Derechos Humanos del Distrito Federal (coeditores), México, 2013, pp. 7 y 16 - 19.

² En este sentido, puede ser consultado para una explicación mas detallada, el capítulo de "Aproximación filosófico jurídica al derecho procesal" en Aguedelo Ramirez, Martin, *Filosofía del derecho procesal*, segunda edición, Leyer, Bogotá, Colombia, 2006

criterios diversos de los Juzgadores, desde aplicar literalmente las reglas del código sin razón, hasta dejarlas de aplicar sin razón o justificándose en principios o en la justicia, me ha llevado a pensar cual debería ser el funcionamiento de todo el proceso, por lo cual estudiar el tema aportaría elementos al debate teórico, con lo cual se buscaría resolver o ser parte de la respuesta de las interrogantes entorno al tema, que al final daría mas elementos a los juzgadores para resolver el problema de la decisión que se plantean al aplicar los códigos y las personas reciban justicia.

Los pocos estudios sobre formalismo jurídico hacen necesario investigar sobre el tema, vemos que el tema objeto de esta investigación solo es tomado como parte secundaria en muchos otros temas, al que podemos resumir que se tomó al formalismo como aquella teoría del derecho que prefiere la forma sobre el fondo, pero no hay un estudio de fondo para preguntarse cuál es la razón de esa concepción; Scott Shapiro³ menciona que la metodología interpretativa que mas se encuentra en desacuerdo es, entre quienes se apegan al texto literal de la ley y quienes buscan la intención de las leyes, en este mismo sentido Manuel Atienza Rodríguez,⁴ menciona que se debe evitar el error del formalismo, además que nuestra cultura (países latinos) es tradicionalmente formalista, por lo cual es necesario superar el formalismo jurídico, pero para superarlo adecuadamente quiere decir entenderlo bien, de ahí la razón para buscar acercarse a la solución del problema.

El **objetivo** principal de la investigación es poder responder a planteamiento del problema, dando razones que puedan sustentar la decisión, para ese sentido primero se ocupa resolver pequeños objetivos que se logran al terminan cada capítulo, así pues, el objetivo del capítulo 1 consistirá en determinar los conceptos que la doctrina jurídica aporta de las instituciones

³ Ramirez Ludeña, Lorena y M. Villajosana, Josep (Editores), *Convencionalismo y derecho*, Marcial Pons, Colección de Filosofía y Derecho, Madrid, España, 2016, p. 244

⁴ Atienza Rodríguez, Manuel, *Formalismo y Teoría Argumentativa del Derecho*, video realizado por el canal especializado en temas jurídicos "Borde Jurídico", puede ser consultado en <https://www.youtube.com/watch?v=3XMa7QEDK5U>

jurídicas que juegan un papel importante en el formalismo jurídico, por su parte en el capítulo 2 se desarrolla como es que el formalismo tiene diferentes impactos y utilidades desde el contexto en el cual se desarrolla, mientras que en el capítulo tercero se buscara extraer aquellos precedentes y normas jurídicas que nos aporten razones para inclinarnos por un derecho mas o menos formalista, para así en el capítulo 4, se buscara establecer el *deber ser* del formalismo jurídico delimitado al proceso civil en Nayarit.

CAPÍTULO 1.

CONCEPTOS RELACIONADOS PARA ENTENDER EL FORMALISMO.

Formalismo jurídico

La importancia de la forma en el derecho es transcendental para el desarrollo de este trabajo, por lo cual Summers⁵, nos recuerda algo que día a día está en la práctica judicial del derecho y que puede pasar desapercibido, esto es el papel de la forma en el derecho, pues señala que la forma contrario a lo que muchos piensan (la forma de manera peyorativa), establece la sustancia, sirve a los fines y valores en el derecho y principalmente las formas determinan como será el contenido del derecho, en ausencia de estas, se adolecerá de un sistema jurídico, esto significa, que al establecer las reglas también se establece el contenido material del derecho; ver al derecho como un sistema, afirma la importancia de la forma en el derecho, pues, esta es generadora de organización, pero no se trata de establecer la forma a capricho, pues dice que la forma debe ser apropiada; esta manera de recalcar la importancia de las formas no demerita aspectos sustantivos, ya que, señala que el aspecto formal garantizara que su contenido sea el correcto.

Por su parte, Max Weber formaliza al derecho, señalando que un derecho puede ser racional, lo que significa que de manera lógica se infiere lo que causara, esto es, la previsibilidad de las decisiones jurídicas, en este sentido habla de dos formas de racionalidad del derecho, el primero es la generalización, en la cual las razones que se utilizan para la solución del asunto jurídico, se limita a uno o varios principios que son los preceptos jurídicos, mientras que el segundo supuesto es el de sistematización, en el cual sus principales elementos son que las reglas sean claras, coherentes y sin lagunas; lo que entonces nos

⁵ Summers, Robert S., *La naturaleza formal del derecho*, Fontamara, México, 2001, pp. 9, 13, 14, 15 17, 29, 40, 49, 50, 59, 70, 75 y 108.

lleva a inferir que la racionalidad del derecho que este autor nos expone, consiste en fabricar normas generales y sistemáticas en el orden jurídico que se encuentran; contrariamente al formalismo, señala que se da cuando el juzgador en su actividad utiliza principalmente decisiones subjetivas por medio de valoraciones éticas, sentimentales o política y no por reglas abstractas, también se habla cuando el derecho es irracional, lo que significa que dentro de la construcción de las reglas o en la aplicación de estas por medio de los juzgadores, se utilizan medios que traen como resultado algo incierto.⁶

Mientras Norberto Bobbio, en su pensamiento teórico del derecho, evoluciona, dejando de lado el positivismo formalista, para pasar a un positivismo funcionalista en donde se aparta del derecho que busca un sistema mediante la estructura, optando por hacer notar las finalidades del derecho; estas ideas de Bobbio fue generado por el pensamiento de las ciencias humanas y de los juristas que buscaban que las matemáticas fueran un quehacer cotidiano en la vida de las personas, por ende en el derecho, buscando de cierta manera las formulas para la solución de conflictos de manera mecánica o la función estructural de Kelsen; lo que para Bobbio parecía insuficiente, pues el contenido no podía determinarse de manera formal, sino que se debería atender al contexto dentro de la época, como a los valores, la política y la sociedad, cosa que dentro del formalismo jurídico carecía; estos pensamiento de Bobbio llevaron a juristas a llamarlo como parte del iusnaturalismo.⁷

⁶ Weber, Max, *Economía y sociedad*. Traducción de José Medina Echavarría, et. al., segunda reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 509, 510 y 511. También se destaca que dentro de esta obra su estudio careció de la justicia vista como moralidad impregnada en el derecho occidental Munne, Guillermo, "Racionalidad del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico", p. 69 - 100, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del derecho*, número 25, octubre 2006, consultado el 14 de marzo del 2016 en la pagina de internet: <http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/racionalidades-del-derecho-segn-max-weber-y-el-problema-del-formalismo-juridico-0/>

⁷ Vigo, Rodolfo L., "La Teoría funcional del Derecho en Norberto Bobbio", en Vigo, Rodolfo L., *Constitucionalización y judicialización del derecho*. Ibañez, Bogota, 2012, pp. 91 - 98

Bobbio⁸, criticó al positivismo jurídico diciendo que, uno de los problemas de éste es el formalismo jurídico, consistente en la aplicación del derecho mediante formulas, o sea, mediante un silogismo jurídico, reduciendo la justicia a la letra de la ley, lo que implicaba un juez que solo encuadraba el hecho a la regla preestablecida por el legislador, por lo cual la seguridad jurídica protagoniza el papel principal y último en el derecho.

Por su parte Carlos Álvaro de Oliveira⁹, entiende que el formalismo busca dar al litigio una base para la solución de problemas, en igualdad de condiciones, que evite el arbitrio para lograr una justicia, por medio de reglas previamente establecidas que buscan la organización y el funcionamiento del proceso, pero estas, pueden llegar a obstaculizar la justicia, contrariamente a lo que se busca; en este sentido, podemos ver que el formalismo puede ser concebido como algo positivo o negativo, ya que en éste, se buscara el equilibrio, entre la seguridad jurídica y la justicia, esto es, el formalismo es necesario en el sentido de que ordena y da seguridad jurídica en el proceso teniendo siempre como fin la justicia, pero será innecesario cuando sea exagerado, lo que significa que las formas establecidas en el proceso, no deben llegar impedir el acceso a derechos materiales, lo que significa que el juzgador no pueda cambiar las reglas arbitrariamente, pues significaría violar la igualdad jurídica; esta ligado a la idea de seguridad jurídica dentro del Estado de derecho, que busca respetar el derecho al debido proceso legal, lo que implica que el proceso debe ser siempre contrastado con los valores, lo que puede significar la no aplicación estricta de las reglas del proceso para buscar la realización de otro u otros derechos, dejando de lado la utilización del proceso como fin para pasar a utilizarlo como instrumento para la realización de otros fines.

⁸ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, editorial Fontamara, cuarta edición, México, 1995.

⁹ Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto, *Del formalismo en el proceso civil*, traducción de Juan José Monroy Palacios, editorial Paiestra, Perú, 2007, pp 19, 141, 142, 143, 144, 146, 232, 237, 250, 365, 472.

Se aprecia que las ideas de los autores antes mencionados, no hay un estudio profundo de la proyección material del formalismo jurídico, ósea, de las reglas establecidas por el legislador, si bien es cierto, de una manera parcial hablan al respecto, dejan de lado argumentos en contra de sus ideas, esto significa, que bien hay argumentos a favor de todos y cada uno de sus posturas, igualmente los hay en sentido contrario.

Por lo anterior, es necesario entender que la aplicación de las reglas tiene diferentes perspectivas:

A) atendiendo al contenido literal de las palabras, en razón de que el juez debe de aplicar las leyes, ósea, en razón de la división de poderes, mediante el cual se busca que el poder del judicial de aplicar las leyes este sujeto a límites, estos son las reglas.

B) en concordancia con la justificación que subyace a la regla, ósea, que la aplicación de la regla este de acuerdo con la justificación o razón que el legislador dio para la creación de la regla.

C) en contra de la justificación que subyace a la regla, es decir, que si bien es cierto se está aplicando la regla al caso en concreto en razón de ser el resultado de un ejercicio de subsunción del hecho y la regla, la razón de ser de la norma es contraria a la aplicación en concreto a los hechos.

D) cualquiera de las anteriores en contraste con la Constitución, ya sean normas constitucionales o inconstitucionales.

En relación con lo anterior, se observa que las reglas se establecen de manera principalmente general, pero hay casos en los que se establece de cierta manera mas detallada que general, esto es, para abarcar supuestos de hechos que se creen pueden suceder, pero también, existe la posibilidad de que los supuestos de hecho vallan en contra de la justificación de la regla o que dejen

fuera supuestos de hechos que si tendrían aplicación en caso de aplicar la justificación subyacente a la regla. Las razones para establecer mayor o menor generalidad en las reglas, pueden ser bastantes, entre las cuales podemos encontrar las siguientes: dotar al juez de una amplia o poca discrecionalidad para la decisión al caso, crear seguridad jurídica y justicia, estos están íntimamente relacionados como se verá más adelante, también se busca mantener el Estado de derecho.

El formalismo jurídico tiende a ser consecuencia de una interpretación principalmente literal y en ausencia de su finalidad, propósito, razón de la norma o justificación subyacente, por lo cual es importante saber que es lo que se busca proteger con las formas para evitar un formalismo exagerado; la razón para seguir una u otra forma de aplicar el derecho dependerá del contexto en el cual las reglas se encuentran, me refiero en lo político, social, cultural e histórico, es decir, de la confianza que se tenga a los jueces, mayor confianza traerá como consecuencia establecer en las leyes una mayor discrecionalidad al juez, en contrario una menor confianza traerá consigo reglas más explícitas buscando limitar más las decisiones de éste.

Tal vez, el problema se resuelva dotando al juzgador de mayor legitimidad democrática, modificando las formas de elección de los jueces, por el momento lo que legitimara al juez en sus decisiones serán los argumentos que convenzan de que está actuando conforme a la Constitución, es decir, se legitimara o no con sus sentencias.

Como se observa el formalismo jurídico será un término ambiguo, pero se destacan dos vertientes en la definición, el primero será aquel formalismo en sentido "neutral" donde se lleva a cabo, cuando cualquier persona resuelve los problemas utilizando las reglas jurídicas que están preestablecidas en el derecho para usarse, con lo cual el juzgador no tiene que deliberar sino únicamente aplicarlas para dar mayor previsibilidad jurídica, siendo una necesidad natural la

de basarse en reglas, por lo tanto el derecho moderno será formalista en este sentido pues existen códigos que establecen los límites a seguir; por otro lado y es este el sentido que interesa al presente estudio, es el formalismo exagerado, aquel que tiende a ser peyorativo, es decir, descalificar a las personas que utilizan esta forma de interpretar, consiste en realizar interpretaciones literales de las normas sin tomar en consideración el contexto, finalidades de las reglas, pues se da por sentado que el derecho es un sistema completo y coherente, por lo tanto los legisladores han deliberado los casos, los juzgadores en consecuencia no han de crear derecho solo aplicarlo, en pocas palabras se reduce el derecho al texto.¹⁰

1.2. Estado de derecho

García Máynez¹¹ dice que, el Estado de derecho es el orden jurídico que se encuentre vigente dentro de un lugar y época determinada, dicho orden jurídico es creación del Estado y da validez al derecho. En este mismo sentido, Hans Kelsen¹², afirmaba que, el orden jurídico de un Estado es absoluto, de ahí la relación con el formalismo, pues, se limita a lo que la ley diga expresamente, sin factores axiológicos, lo anterior se traduce en la sumisión del Estado al derecho, entendiendo al derecho como la ley. Kelsen, hablaba de una teoría pura del derecho, en donde excluía juicios causales y de juicios de valor, decía que el Estado era el único que tenía el monopolio de la producción jurídica y por lo cual dicha producción tendría validez¹³, esta validez era sinónimo de justicia y se dice que uno de los rasgos esenciales del Estado legal es la influencia de la ley como medio exclusivo para hacer justicia, su practicidad debía ser acorde a una tendencia iuspositivista donde el Estado crea derechos que sólo son válidos

¹⁰ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, editorial Trotta, Madrid, España, 2013, pp. 22 y 23. y Atienza, Manuel, *El Problema del Formalismo Jurídico. Profesor Manuel Atienza*, min. 42:50 – 56:29 consultado el 8 de marzo del 2017 en la página de YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=XafdIbcIemc>

¹¹ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio de Derecho*, editorial Porrúa, México, 1980, p. 7

¹² Pérez Porrúa, Francisco, *Teoría del Estado*, editorial Porrúa, México, 1996, p. 154.

¹³ Ruiz Manero, Juan, *El legado del positivismo jurídico*, editorial Palestra, Lima, Perú, 2014, p. 38.

en los términos y condiciones que la ley disponga, entonces, si el legislador no desarrolla un derecho de la persona u obligación estatal, el ser humano no podía impugnar esa omisión o reclamar la existencia de un acto o abstención a partir de una lectura congruente y a favor de la persona o grupo vulnerable. La fuerza del argumento que identifica justicia con el contenido literal de la ley, se basa en que ésta contiene la totalidad del derecho que la razón humana podía dar. Si la ley era un sinónimo de justicia, entonces, la palabra del legislador plasmada en su más importante producto constituía una expresión preclara de la verdad, por lo que quien critica a la ley, en realidad no cuestiona una labor humana, sino el más puro reflejo de la justicia encarnado en el acto legislativo.

Para Ferrajoli¹⁴, puede entenderse en dos sentidos el Estado de derecho, el primero, el *débil, lato o formal* y el segundo, el *fuerte, estricto o sustancial*, en donde aquel se integrara por los sistemas jurídicos donde impera la ley, incluyendo Estados autoritarios o totalitarios, mientras que en el segundo impera la constitución, en donde no solo hay elementos de validez formales, sino sustanciales.

Lo anterior quiere decir que dentro del Estado de derecho se observa dos formas de concebir y aplicar el derecho, "imperio de la ley" e "imperio de la Constitución", en este sentido, Susana Pozzolo¹⁵ dice que, el sistema jurídico dentro del Estado de derecho tiene dos formas de entenderse, por un lado el legalista, que se caracteriza principalmente por que la ley es su máxima expresión, fuente suprema y eje rector de todo dentro de aquel, es por eso que se da la calidad de *imperio* a la ley, dejando a la Constitución como un ideal, pero no su aplicación directa.

Este imperio de la ley, se apoya en la razón de división de poderes, donde el legislativo crea la ley, y el judicial sólo aplica, este no puede crear derecho, se

¹⁴ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*, editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 856.

¹⁵ Pozzolo, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, revisión de traducción a cargo de Rafael Escudero y Gorki Gonzales, Palestra, Lima, Perú, 2011, pp. 65 -74

da lo que se conoce como el gobierno de las leyes, en consecuencia ese estado de derecho, es lo mismo que "Estado de normas", en donde el contenido de la norma no importa, sino que únicamente la forma de creación, es decir, que cumpla con los criterios de validez formales (proceso legislativo)¹⁶, donde se busca preservar la democracia, esta como una forma de producción de las normas de manera formal, no sustancial.

Por su parte Max Weber, habla de "dominación legal" con enfoque en la administración burocrática, ya que su libro se refiere principalmente al capitalismo pero que para nuestro estudio tiene completo encuadramiento a lo que por imperio de la ley se entiende; así este autor señala que esta dominación debe estar basada en aquello que "pactado" u "otorgado" por medio de "reglas abstractas" y con la finalidad de ser respetado y aplicado, dentro de la sociedad (gobernados y gobernantes), con lo cual las actuaciones estarán limitadas por las reglas. Esta definición da lo que Weber había de que el derecho llega a ser racional y objetiva, denominado por este como "racionalidad formal" del derecho.¹⁷ En este sentido, se dice que el formalismo tiene mejores consecuencias que cualquier manera de aplicar el derecho, entre las cuales encontramos, el ideal de la certeza jurídica como valor último, por ende se da seguridad jurídica, lo que se traduce en la predecibilidad de las relaciones jurídicas, eliminando la arbitrariedad y discrecionalidad de la autoridad.¹⁸

Pero a partir de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial se habla de una crisis del Estado de derecho legal¹⁹, crisis de la democracia, crisis de la ley²⁰

¹⁶ Zagrebelsky, Gustavo. *La ley y su justicia*, traducido por Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 86.

¹⁷ Weber, Max, op. cit., p. 173.

¹⁸ Para ver la importancia que juega la posibilidad de predecir las situaciones jurídicas en la vida diaria, véase Laporta, Francisco, et. al., *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Fontamara, México, D.F., 2008. En esta obra, se debate sobre el punto importante entre la seguridad jurídica y la justicia traducida mediante principios y valores.

¹⁹ "Crisis del derecho y crisis de la razón jurídica" en Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, editorial Trotta, Madrid, 2004.

²⁰ "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley", en Atienza, Manuel, N° 22, revista DOXA, Alicante, 1999, consultado el 28 de noviembre del 2015 en http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10306/1/doxa22_14.pdf.

en sentido estricto y en consecuencia de la seguridad jurídica se habla de nuevo del derecho natural, en donde la tradición legalista del Estado cambia²¹, en consecuencia el imperio del derecho que radicaba en la ley, hoy se encuentra en la constitución, lo que implica que la legalidad está determinada no únicamente por la validez formal, sino sustancial, ósea, los derechos fundamentales, principios y valores, no es una legalidad simple o formalista; lo anterior tiene su razón de ser, pues, cuando se sometieron a las leyes no se garantizaba que no existiera arbitrariedad de las autoridades, aunque las leyes se creaban de forma democrática en sede legislativa y siguiendo las formalidades que señalaban las leyes, estas llegaban a ser arbitrarias, pues respetaban los principios, valores o derechos fundamentales, dejaba que la justicia solo fuera un poema, mas no una realidad, dejando claro que en las dos concepciones (dentro del imperio de la ley y de la Constitución) el juzgador está sujeto a la ley.

El imperio de la ley, tuvo su inicio en la Revolución Francesa y fue que después de la segunda guerra mundial, en los tribunales de Núremberg²² empieza la crisis, la democracia clásica donde la mayoría toma las decisiones es criticada, ya que, reuniendo los requisitos formales para producción de normas, se podían crear leyes injustas, en consecuencia, la democracia no puede seguir siendo formalista, sino que las formalidades deben estar acompañadas de contenido, apoyándose en los derechos fundamentales, en donde estos no pueden ser disponibles por las mayorías, estas ideas se basan en una crítica filosófica.

Entonces se considera ilegítimo el derecho que por las mayorías afecta derechos fundamentales y por el contrario se considera legítimo aquellas decisiones que se fundamenten en los valores, principios y derechos fundamentales que se apoyen en las decisiones constitucionales.

²¹ Ansuátegui Roing, Francisco Javier, *Crisis de la ley y Estado Constitucional*, editorial Porrúa, 2015, p. 116.

²² Vigo, Rodolfo Luis, *Constitucionalización y judicialización ...*, cit., p. 23.

La constitución deja de ser un programa político, para pasar a ser una fuente del derecho con carga moral o de valores, ante este nuevo imperio de la ley, se termina por afianzar (al menos teóricamente) el Estado de derecho constitucional²³, se observa que un Estado con Derecho, o sea, un Estado jurídico no es un Estado de Derecho Constitucional²⁴, significa como ya se menciono, que un Estado que crea leyes muchas veces puede aplicarlas, pero estas pueden conllevar cierta injusticia, sea porque contraviene derechos fundamentales o principios consagrados en estas cartas, siendo que resulten estas antinomias irrazonables; incluso en el peor de los casos crear leyes pero no observarlas

1.2.1. Legalidad y legitimidad

Para Álvaro De Oliveira, la legalidad relacionada con el debido proceso legal significa que el proceso será traducción de la Constitución de este derecho, buscando eliminar las arbitrariedades del juzgador, pero que no significa aplicar las formas sin observar los distintos valores con los cuales se debe de ponderar, para no caer en una exageración,²⁵ aplicando así el conjunto de reglas, se logra una planeación²⁶ donde se aplica el sistema jurídico, es decir, si los gobernantes y gobernados se actúan conforme a las reglas y no conforme a sus caprichos, se podrá tener cierta percepción para poder planear, esta sujeción a la ley es un contrapeso a la arbitrariedad y subjetividad que pueda ser aplicada por las personas.

Por lo anterior se deduce que la constitución es parte del imperio de la ley, esto es, una legalidad crítica, o sea, observando lo que la ley dice pero acorde con la Constitución; tiene sentido lo dicho, pues, un sistema jurídico no debe

²³ Ibidem p. 60

²⁴ Díaz, Elias, *Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales*, Sistema, ISSN 0210-0223, p. 6.

²⁵ Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto, op. cit, pp. 183 y 372.

²⁶ Shapiro, Scott J., *Legalidad*, Marcial Pons, Traducción de Diego M. Papayannis y Lorena Ramirez Ludeña, Madrid, España, 2014, p. 478

seccionarse para aplicarse, analizarse o cualquier otro acto que se busque realizarse, hablar de la legalidad como un componente independiente de la constitucionalidad solo tendría sustento en Estados de derecho legislativos.

Noberto Bobbio señala que la legalidad es un *problema del positivismo jurídico*²⁷, pues si bien con la legalidad se clasificarán a los actos conforme a las leyes de los actos que no se realizan de acuerdo a la ley, este principio no determinará la justicia, sino que simplemente servirán como contrapeso al arbitrio de la autoridad que en consecuencia establecerán un orden en base a la seguridad jurídica

Entonces el imperio de la ley producto de la legalidad generará un formalismo jurídico, pues se buscará que la ley vaya a regir todo acto u hecho, en este sentido la aplicación por lo tanto de la ley dependerá en distintos sentidos, uno de ellos será el formalismo jurídico y ético, es decir, jurídico en el sentido de que se apegará en lo establecido en la ley por el legislador, mientras que se referirá a lo ético en cuanto a que se tendrá como justo lo establecido en la misma ley.

La legitimidad se relaciona con el formalismo de la manera en que se ejerce la misma, por un lado esta la posibilidad del poder judicial de invalidar o incluso desaplicar una ley o parte de ella, lo que significa ser *contramayoritario*²⁸ para referirse a la acción de ir en contra de la decisión de la mayoría, por lo cual el formalismo jurídico tiende a buscar un papel del juzgador atado a la ley, en algunos casos extremos a la letra de la ley, consecuentemente ilegitimidad para desaplicar o invalidar una ley, vemos pues que la legitimidad contiene la idea de licitud, es decir, apegarse a la ley, a lo ya establecido por consecuencia a lo dicho por la mayoría legislativa.

²⁷ Bobbio, Norberto, Op cit., pp. 14 y 54.

²⁸ Todo lo señalado tiene sustento en lo explicado por Pedro Antonio Enríquez Soto en "La Justicia Constitucional y Democracia, la Dificultad Contramayoritaria", en Carbonell, Miguel, et al. (Coordinadores), *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria*, Tomo III: Justicia, México, 2015, pp. 123, 129, 130 - 134, 139, 142 y 144.

Vemos pues dos polos opuestos que pudieran darse en diversos grados, por un lado la legitimidad del juzgador para tomar en cuenta factores que no fueron previstas al momento de la creación de la ley por el órgano legislativo y que son elementos particulares del caso a resolver para determinar si cree que la regla o principio en principio aplicable la deberá dejar del lado por otras razones que si bien las toma del sistema jurídico, éstas pueden o no estar expresamente señaladas en la ley; por el otro lado podemos observar un juez atado a la letra de la ley en su caso mas extremo, es decir, a la literalidad es aquí donde se habla del formalismo jurídico, dentro del cual se habla de imposibilidad para determinar si una norma en principio aplicable deba ser desatendida por razones de peso, pues esta discusión de la validez o no de la ley fue elegida por la mayoría específicamente la representación de la mayoría en sede legislativa.

La razón pues para determinar la legitimidad o no al juzgador dependerá en cierta medida de la confianza que tenga la sociedad hacia el poder judicial o el poder legislativo, es decir, habrá una balanza que busque eliminar la desconfianza que se tenga hacia algún poder otorgando al poder contrario de cierto poder (legitimación) para controlar sus decisiones, lo que impacta en la forma en que los jueces aplican reglas y principios establecidos en las normas, esto significa que ante una mayor desconfianza al poder judicial se buscara otorgar mayor precisión a las leyes limitando la discrecionalidad buscando determinar en la medida de lo posible las soluciones dándole mas legitimidad a las decisiones de los jueces, pues estarán basadas en las leyes establecidas por el órgano legislativo quien ha tenido un proceso de formación que al final será la representación de las mayorías.

Se observa que la legitimación del juez dependerá de aplicar la norma de la manera menos discrecional posible, es decir, que no cree derecho, sino que aplique el derecho ya existente.

1.3. Seguridad jurídica

Como anteriormente se dijo, la seguridad jurídica es una razón fundamental para justificar el formalismo, por lo cual se debe entrar en su estudio: en este sentido, comenzamos diciendo que es un principio, y como todos, se deben de buscar cumplir en la mayor medida posible, esto es, se cumplirán en diversos grados, dependiendo de las principios y reglas que también se encuentren en juego al momento de aplicarlo al caso en concreto, son pues "mandatos de optimización"²⁹, mientras que las reglas se acaban en un solo acto del "todo o nada"³⁰.

La palabra "seguridad", implica estar exento de riesgo, al que sea cierto por lo cual de confianza y se pueda determinar, se hablara de seguridad cuando pueda ser previsible, ósea, se pueda conocer o deducir de acuerdo a diversas señales o indicios; si trasladamos lo anterior al mundo del derecho, podemos decir que la previsibilidad dependerá con los elementos que nos otorgue el derecho para conocer o conjeturar las relaciones jurídicas del futuro.

Por jurídico debemos entender todo lo relacionado al derecho en su concepción mas amplia, no se debe entender simplemente como la ley, sino que complementariamente a esta, se deben incluir elementos como los principios, las interpretaciones de los juzgadores, que deben ser tomadas como fuentes del derecho.

Dentro de las definiciones dadas por diversos autores, rescatamos diversos elementos que nos pueden llevar a entender mas el principio de seguridad jurídica, como son, la "capacidad otorgada por el derecho para

²⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid España, 1993, p. 86.

³⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, segunda edición, Barcelona, España, 1989, p. 75.

prever³¹, "instrumento para realizar otros fines" (como la justicia)³², "orden jurídico, presupuesto y función de los Estados de derecho"³³ y evitar anarquía³⁴; con lo anterior podemos decir que la seguridad jurídica se concibe como una forma de buscar evitar la anarquía en la toma de decisiones, buscar orden y previsibilidad dentro de las acciones jurídicas que se puedan tomar en el futuro, y se utilice como medio o complemento para el logro de otros fines dentro del derecho.

Siguiendo la idea de Alexy, relativa a la forma en como operan los principios, decimos que dentro de la seguridad jurídica, los grados de previsibilidad que se pueden obtener es, la certeza en el punto mas alto, como el ideal en el derecho y la incertidumbre en el punto menos deseado, el derecho se encuentra dentro de estos dos polos, y estos cambiaran de acuerdo a diversos factores, que podemos clasificar en factores positivos, que pueden ayudar a aumentar la seguridad jurídica y factores negativos que llevan a disminuirla.³⁵

- A) positivos.- Normas publicas, claras, con precisión en el lenguaje normativo, mayor estabilidad, irretroactividad, vigencia, coherencia entre las normas, perdurabilidad, los principios que dan coherencia al sistema, su interpretación, etcétera.
- B) Negativos.- La indeterminación del lenguaje jurídico, el dinamismo del derecho, la gran diversidad de leyes, la incerteza a que dan lugar los principios, pues estos son indeterminados a diferencia de las reglas.

³¹ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, segunda reimpresión, España, 2004, p. 181.

³² Lifante, Isabel, "Seguridad jurídica y previsibilidad", *DOXA*, número 36, 2013, p. 87.

³³ Perez Luño, Antonio-Enrique, "Seguridad jurídica" en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (Editores), *El derecho y la justicia*, segunda edición, Madrid, España, 2013.

³⁴ "Una defensa de la formula de Radbruch", en Vigo, Rodolfo L. (Coordinador), *La injusticia extrema no es derecho*, Mexico, Fontamara, 2013, p. 381.

³⁵ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Para una teoría postpositivista del derecho*, Palestra y Temis editoriales, Lima-Bogotá, 2009, p. 186.

Dentro del derecho positivo mexicano, se puede encontrar en forma implícita la seguridad jurídica, en el artículo 14 y 16 dentro de los más conocidos, pues se establece que nadie puede ser juzgado mediante procedimientos establecidos en la ley, que todo debe estar fundado en la ley; igualmente podemos hablar de la irretroactividad, la exacta aplicación de la ley penal, el reconocimiento de los derechos humanos, la interpretación conforme, que busca mantener un orden y perdurabilidad del sistema jurídico, principio *pro persona*, universalidad interdependencia, cosa juzgada, en materia procesal encontramos las prescripciones, plazos, términos, caducidad, jurisprudencia etcétera³⁶. En general el derecho es una medida de seguridad, pues es establecida para evitar las decisiones arbitrarias, de los gobernantes y que los gobernados actúen con conocimiento de sus derechos y obligaciones.

La seguridad jurídica es un elemento indispensable del Estado de derecho, pues los gobernantes y gobernados deben estar sujetos a la ley, se conoce como el *imperio de la ley*³⁷, lo que genera seguridad jurídica, pues al estar sometidos a la ley, se tendrá seguridad que los actos se apegaran o deberán apegarse a lo que señalen las normas. La seguridad jurídica puede ser vista de diferentes formas dentro del Estado de derecho, dependiendo la época en la cual se encuentra³⁸:

A) Estado de derecho legal.- Esta etapa surge a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, uno de sus principales ideales era la seguridad jurídica, se continuó con la Codificación del derecho, en donde la ley es la norma suprema, ésta cuenta generalmente con reglas para cada caso en concreto. En donde la validez de las leyes dependía del cumplimiento del procedimiento establecido para la creación éstas, independiente el contenido moral que pudieran tener, de la justicia o injusticia; buscando como valor último la seguridad jurídica.

³⁶ Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁷ Laporta, Francisco. *El imperio de la ley una visión actual*, Trotta, Madrid, España, 2007

³⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *Constitucionalización y judicialización...* op cit.

B) Estado de derecho constitucional.- Surge después de la Segunda Guerra Mundial, en donde se empieza a criticar la validez del derecho, en razón de que se considera que éste es injusto, pues algunas leyes estaba en contra de derechos humanos, con lo cual se decía que la ley no debía ser la norma suprema, sino la constitución en la cual se encontraba el contenido moral, los derechos humanos; en consecuencia la seguridad jurídica pasa de ser el valor último a un valor complementario, donde su mayor o menor grado dependerá de los valores en juego y por lo tanto se la validez del derecho requiere además de la validez formal o procedimental, de una validez sustancial o de contenido moral.

Con lo anterior se muestra que ha cambiado la concepción de la seguridad jurídica, pues mientras en el Estado de derecho legal, con las ideas liberales que buscan acabar con el poder absoluto por parte de los gobernantes, para lo cual una de sus herramientas es la certeza como grado máximo de la seguridad jurídica, éste como valor absoluto.³⁹

Pero, pese a lo anteriormente expuesto, no se debe caer en el punto contrario, es decir, si se criticó al estado de derecho legal por confiar la justicia únicamente en la ley, se puede incurrir en el error de someter la justicia a la Constitución, esto es, caer en el dogma de la Constitución como principal norma cargada de valores, la pretendamos justa en todos los aspectos y entonces, se caería en un *formalismo ético*, donde se confía ciegamente en lo que la constitución establezca,⁴⁰ por lo cual la forma de revisar la misma constitución sería por medio de la reforma constitucional, pero con el proceso de reforma especial.

³⁹ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. op cit. p. 168.

⁴⁰ Rodríguez Uribe, José Manuel, *Formalismo ético y constitucionalismo*. Tiran Lo Blanch. Valencia. 2002, pp. 104 y 118.

Pero el grado de seguridad jurídica en el contexto judicial no estará plenamente determinado, la seguridad jurídica dependerá de reglas que determinen como aplicar las reglas y principios,⁴¹ es decir, las reglas y principios establecidos en las leyes si bien establecen las pautas en las cuales el árbitro judicial habrá de tomar su decisión, éstas no generan por si solas la seguridad, sino que principalmente dependerá de cómo se utilizan las leyes para resolver los problemas jurídicos, es decir, un tipo de aplicación en donde las reglas establecidas sean imprecisas o precisas, sean dejadas de lado por razones de los factores propias del caso en concreto, o por el contrario la utilización de reglas formalistas, esto es que no atienden al contexto en el cual se aplican independientemente de que la fundamentación de la regla al caso en concreto genere subjetivamente para el decisor, injusticia o le parezca absolutamente irracional.

Mientras que con los principios sirven para dar coherencia a las reglas del sistema jurídico, buscando eliminar lagunas jurídicas, pese a lo que muchos dicen que los principios no contribuyen a la seguridad jurídica sino que al contrario la disminuyen, debe tenerse en cuenta que los principios son base primordial para el aumento de la seguridad jurídica siempre y cuando no sean utilizadas de forma arbitraria, por lo cuanto dependerá de las reglas que determinen como se aplicaran los principios; no se debería pensar que la seguridad jurídica busca evitar mayores injusticias dentro de un sistema que pudiera ser injusto, pues de antemano estaríamos aceptando la injusticia.

1.4. Reglas y principios

En la teoría del derecho existen diversas concepciones sobre la existencia de reglas y principios, estas sirven de base para que al final los juzgadores puedan justificar sus decisiones, por lo cual una visión formalista del derecho,

⁴¹ Ávila, Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, Cátedra de Cultura Jurídica y Marcial Pons, traducción de Laura Criado Sánchez, Madrid, España, 2012, pp. 509, 510, 511, 513 y 514.

que lleve a interpretar a las normas como reglas que se establezcan expresamente por los legisladores o los tribunales, expeditos para crear precedentes judiciales como las tesis aisladas o jurisprudenciales, en consecuencia es importante traer a colación, determinados conocimientos jurídicos sobre reglas y principios que sirvan como sustento para defender la idea sobre que el formalismo exagerado puede ser perjudicial para el fin mismo del derecho.

La discusión acerca de las reglas y principios como el contenido de las normas inicia con "El Modelo de las Normas"⁴² de Ronald Dworkin, en donde critica el positivismo jurídico mas representativo, esto es, el de H. L. A. Hart, en su libro El Concepto De Derecho; Dworkin reflexiona que, dicho positivismo no puede explicar la presencia de principios y como consecuencia no se podría entender el razonamiento de los jueces, por tal motivo es necesario hacer una distinción de lo que se entiende por cada tipo de normas (reglas y principios) para conocer su operatividad en el derecho.

En primer termino una norma se concibe⁴³ como el contenido (que reconstruirá el interprete) del enunciado de la ley en el cual señalan conductas obligatorias, prohibidas o permitidas, es decir, se señala el mundo del *deber ser*, las normas pueden dividirse en principios y reglas; entre alguna de sus características se encuentra que son coercibles, por lo cual se le da potestad al juzgador de aplicar la norma aun en contra de la voluntad del sujeto en el cual recae su aplicación, de otra manera se pudiera decir que, el juez tiene la obligación de aplicar la norma siempre y cuando el problema jurídico se encuentre encuadrado en la hipótesis normativa, ahora bien, ¿el encaje del problema en la norma debe ser a la literalidad de la ley, o a sus finalidades?

⁴² *El modelo de las normas* en Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*, editorial Ariel, traducción de Marta Guastavino, Barcelona, España, 1989.

⁴³ Huerta Ochoa, Carla. *Conflictos normativos*, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas serie Doctrina Jurídica, número 142, México, 2003, pp. 18, 20, 47, 48 y 71.

Para poder resolver la interrogante es necesario entender la funcionalidad de dichos tipos de normas.

En este sentido existe la idea generalizada de que un principio es una norma general, incluso exaltada como simples reflejos de valores que no precisan las hipótesis normativas, sino que de una manera ambigua lo establece, mientras que las reglas tienen claramente determinado las hipótesis y consecuencias en las cuales sea fácil establecer el silogismo jurídico, y que por lo tanto las reglas excluyen la deliberación del juzgador, mientras que en los principios solo te da una guía; se deduce que no hay problema en aceptar que las reglas se aplican de *todo o nada*⁴⁴, mientras que los principios son *mandatos de optimización*⁴⁵, es decir, se busquen realizar en la mayor medida posible; pese a lo anterior las reglas (y cualquier norma) por más claras y precisas que se busquen, no están exentas de la indeterminación que conlleva el lenguaje por medio del cual están expresadas.

La distinción que se usa para los principios y reglas, los primeros estableciendo las hipótesis de forma más abierta que las reglas y los segundos establecen hipótesis de forma finita y cerrada⁴⁶, parece ser insuficiente para afrontar problemas particulares de casos en concretos, específicamente problemas de la sobreinclusión y la subinclusión a causa de la generalización que se da a la regla, es decir, las hipótesis normativa incluyen casos particulares donde se produce la consecuencia que no está conforme a la razón subyacente de la regla (sobreinclusión) o excluye de la hipótesis casos particulares que encuadran con la razón subyacente a la regla pero que no están contempladas en las hipótesis (subinclusión), esto sucede a consecuencia de las generalizaciones, es decir presuponer que son correctos para todos los casos o

⁴⁴ Dworkin, Ronald. *Derechos en Serio*. Ariel Derecho, diciembre 1989, 2da edición, Barcelona, España, pág. 75.

⁴⁵ Alexy, Robert. *Sistema jurídico. principios jurídicos y razón práctica*, en Atienza, Manuel. (traductor), revista *Doxa*, número 5, 1998, pp. 143 y 144.

⁴⁶ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, 4ª edición, septiembre 2012, Barcelona, España, pp. 30 y 31.

la mayoría, afirmamos pues verdades universales;⁴⁷ en su momento Hart,⁴⁸ estableció que es imposible determinar de antemano todas las hipótesis, en razón de que es la condición humana la que nos impide conocer el número finito de posibilidades para establecerlas por adelantado y no tener que tomar una nueva elección en los casos particulares no previstos por el legislador, si por el contrario se conociera todo de antemano el formalismo sería la elección sin duda alguna, pues no existiría casos de sobreinclusión ni subinclusión, lo que daría pie a una función mecánica de los jueces.

Otro problema estará en establecer de antemano cuando se debe tomar a una norma como una regla o un principio, para de ahí partir a buscar la aplicación directa de la regla, o realizarlos en la mayor medida posible siendo principios; entonces, el juzgador para conocer debe leer y cuando se lee, se interpreta, por lo cual reconstruye, es decir construye en base en algo, y es al momento de reconstruir cuando el juzgador determinara si la norma es principio o regla, es decir, darle el calificativo de regla o principio.

Para saber como aplicar una norma que no esta determinada de antemano, dependerá pues, de que el interprete relacione o deje de relacionar la norma con fines y valores superiores, es decir, después de la interpretación será determinado si para el interprete la norma será aplicada como regla pues no esta relacionada intimamente con un principio superior sino con la hipótesis normativa, o será aplicada como un principio en razón de estar intimamente ligada a un principio y requiere por lo tanto su maximización, además de que las consecuencias establecidas de antemano pueden dejar de aplicarse por otras razones que el aplicador cree superiores o incluso por reglas que se aplican análogamente, consecuentemente se deduce que no se puede afirmar que las

⁴⁷ Schauer, Frederick. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y la vida cotidiana*, Marcial Pons colección de Filosofía y Derecho. Traducido por Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, 2004. Madrid, España pp. 89, 90 y 91.

⁴⁸ Hart, Herbert L. A., *El Concepto de Derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1963, p. 160

reglas se aplican únicamente cuando se cumplen sus premisas, dicho de otra manera, la aplicación dependerá no solo por los supuestos de hechos, sino también del contexto, circunstancias particulares del caso.⁴⁹

Después de poder definir cuando una norma es regla o principio, aparece el problema de saber si las reglas tienen que ser aplicadas del modo "todo o nada" y si los principios se "ponderan", aplicando una interpretación formalista, donde se tome en cuenta únicamente lo escrito literalmente en la norma, la respuesta será sí, pero mediante una interpretación teleológica se pueden encontrar en las reglas excepciones que no están escritas en el texto de la norma, sino que por su finalidad y circunstancias concretas del caso, se encontrara en conflicto con la regla por lo cual se deberá "ponderar" razones para aplicar la finalidad que llevaría a una excepción de la norma o aplicar la regla, la ponderación pues, no es exclusivo de los principios, sino del carácter *prima facie* de las normas, sean reglas o principios que pueden ser superadas por otras razones consideradas por el interprete mas relevantes al caso en concreto, es decir el carácter *prima facie* se debe a la presunción de validez de las normas por haber cumplido el procedimiento legislativo de creación de las normas, pero que la validez definitiva será determinada al momento de aplicarla tomando en cuenta las circunstancias extraordinarias de los casos y las finalidades de las normas que se aplican; será la forma en que se aplique la norma si de una manera en base a las hipótesis normativas ya señaladas o a las razones subyacentes que dan sustento a estas hipótesis, por su parte los principios al ser interpretados se determinara una regla al caso en concreto que deberá aplicarse.⁵⁰

Entonces ¿es suficiente la idea de que no es necesario realizar una revisión argumentativa a las justificación de la regla cuando son reglas claras, que determinan su hipótesis y encuadra a priori en el caso en cuestión, es decir,

⁴⁹ Avila, Humberto. *Teoría de los principios*, Marcial Pons, colección Filosofía y Derecho, traducción de Laura Cnado Sánchez, Madrid, España, 2011, pp. 28, 32, 38, 39, 40, 46, 54

⁵⁰ *Ibidem*, 45, 46, 47, 53

que esta determinado las condiciones de aplicación? la respuesta es no, en razón de que los legisladores no prevén todas las soluciones, estos no son pues omniscientes, por lo cual si en un caso en concreto se encuentra con una hipótesis no prevista por la razón subyacente a la regla, el juzgador debe entrar de nuevo a determinar si aplica o no la regla, sería ilógico pensar que una regla se aplique a un caso simplemente "porque es regla" aun y cuando esa aplicación valla en contra de la razón justificativa de la regla, es decir, contrario a su finalidad; nosotros seres humanos ponemos normas para regular a la sociedad, pero al momento de aplicarlas no regula lo que se buscaba, es los mismo que no tener normas, o peor aun, pues se esta aplicando algo que no se buscaba, mientras que si no hubiera reglas, existiría la posibilidad de que se resolviera la situación mediante justicia.

En razón de lo anterior, se suscribe la siguiente definición de principios y reglas:

Los principios consisten en normas primariamente complementarias y preliminarmente parciales, en la medida en que, además de comprender sólo parte de los aspectos relevantes para tomar una decisión, no tienen pretensión de generar una solución específica, sino la de contribuir, junto a otras razones, a la adopción de una decisión. Por su lado, las reglas son normas preliminarmente decisivas y abarcadoras, en la medida en que, pese a que la pretensión comprende todos los aspectos relevantes para tomar la decisión, tienen la aspiración de generar una solución específica para el conflicto en cuestión

Los principios, aunque se relacionen con valores, no se confunden con ellos. Los principios se relacionan a los valores en la medida en que el establecimiento de fines implica la calificación positiva de un estado de cosas que se quiere promover. No obstante, los principios se alejan de los valores porque, mientras los principios se sitúan en el plano deontológico y, en consecuencia, establecen la obligatoriedad de adoptar conductas necesarias para la promoción gradual de un estado de cosas, los valores se sitúan en el plano axiológico o meramente teleológico y, por ello, sólo atribuyen una cualidad positiva a un determinado elemento.⁵¹

Importante parece aclarar, que si bien es cierto las reglas tienen la aspiración de generar la solución, esta será determinada conforme al contexto y particularidades del caso.

⁵¹ Ibidem 72 y 164

CAPÍTULO 2. ANTECEDENTES DEL FORMALISMO.

2.1. Derecho primitivo

El hombre aparece en el Pleistoceno o primer periodo de la época Cuaternaria, representado por el hombre Neandertal, a partir de entonces aparece el Homo sapiens, pero fue hasta alrededor del 10,000 antes de Cristo, que los hombres viven reunidos en pequeñas comunidades, estas son las sociedades primitivas, después la humanidad inicia la fase neolítica, primero en Mesopotamia, Egipto y el sur de Europa y después en América y el norte de Europa, dentro de estas épocas el derecho que imperaba era la costumbre, aunque al principio la costumbre era regularmente violada, más tarde se adquiere la conciencia de que no se deben ni pueden vulnerar, de no serlo así serían castigados, es aquí donde nace el derecho.⁵²

La forma en cómo surgió el proceso se explica por Francesco Carnelutti⁵³ de la siguiente manera: Los primeros grupos de persona que buscaban la organización en comunidades o tribus, encontraron que entre ellos existían diferencias, las cuales generan discordias entre las personas y a su vez ésta puede generar la guerra y en consecuencia autodefensa⁵⁴, por lo cual se tuvo que proceder a solucionar estos problemas, es ahí cuando surge el proceso⁵⁵; no como hoy se entiende: la presentación en forma escrita de la demanda ante los juzgados previamente establecidos y con sus respectivas leyes que rigen el procedimiento pero, si en esencia, esto es, que busca dar solución a las pretensiones de 2 o más personas que se encuentran

⁵² Bernal Gómez, Beatriz. *Historia del derecho*. México, Nostra, 2010, pp. 23 y 24.

⁵³ Carnelutti, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Segunda reimpression, México, Colofón, 2013.

⁵⁴ Que se daba por la defensa que se hace la persona de sus intereses contra otra u otras personas con intereses encontrados.

⁵⁵ En palabras de Francesco Carnelutti "El derecho nace para que muera la guerra" en Carnelutti, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Segunda reimpression, México, Colofón, 2013, p. 13.

contrapuestas; primero surgió el "duelo" en forma legalizada (lucha física, con o sin armas entre personas).

Después se desarrolla el proceso, se da cuenta que las formas de solución en forma de "duelo" únicamente ganaba el más fuerte, lo que hacía que imperara el más fuerte, el que tuviera mayores armas o mayores aptitudes para ganar el duelo, por lo cual para limitar la libertad se debía atender a las peculiaridades de las demás personas, esto es, de las libertades de otras personas, se da la necesidad de reglas que garanticen a cada miembro del cuerpo social, con una medida igual, el ejercicio de su actividad y el buen funcionamiento de las relaciones sociales, lo anterior conforme a la concepción de justicia que se tenga por el hombre de acuerdo a la naturaleza misma de las personas⁵⁶.

Al principio las normas estaban entremezcladas, como son, las religiosas, las morales y las de trato social, principalmente estas normas eran de carácter consuetudinario y diversos para cada comunidad; surge diversas instituciones, como el derecho de familia, la propiedad para defender el patrimonio de cada familia y de cada persona, obligaciones y contratos como consecuencia del comercio primitivo y un derecho penal (relacionado a la religión, confundiendo el delito con el pecado) para castigar, representado por el juez o sacerdote.⁵⁷

El formalismo en los inicios de las primeras civilizaciones está relacionado con lo sagrado o el misterio, principalmente con la religión, regulada de forma inflexible que solo con un error en la forma de pronunciar las fórmulas solemnes correspondientes a los actos del proceso, se traducía en perder el derecho del acto procesal, incluso perder el juicio o proceso,⁵⁸ se utilizaba la magia para la solución de las controversias, también para crear reglas formales en los

⁵⁶ Petit, Eugène, *Derecho Romano*. Vigésima cuarta edición, México, Porrúa, 2008, p. 15.

⁵⁷ Bernal Gómez, Beatriz, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁸ Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Tomo I, Anel, Barcelona, España, 1953, pag. 123.

procedimientos jurídicos, carece de racionalidad los medios de decisión, esto es así porque carecían de medios de prueba como declaración de testigos o presunciones, únicamente lo que pudiera realizarse por medio de poderes mágicos, el juzgador no daba por cierto o falso un hecho, solo apoyaba el derecho de alguna de las partes, exhibiendo a la persona a la maldición divina. Igualmente en las civilizaciones germánicas y en Europa durante la Alta Edad Media, contaban con las formas probatorias divinas, utilizando los "Juzgamientos de Dios" u ordalias, con característica principal del excesivo formalismo, se buscaba la justicia material por medio de las pruebas irracionales y sobrenaturales.⁵⁹

Las primeras legislaciones surgieron en Mesopotamia (Asia) llamada *Codex Ur-Nammu*, correspondiente principalmente al derecho penal, después el código más importante es el conocido *Código de Hammurabi* promulgado en 1753 antes de Cristo, el cual era una recopilación de leyes y costumbres, incluía la "Ley del Talión" (ojo por ojo, diente por diente); después surgieron leyes similares como en China, África del norte y Medio Oriente, entre otros⁶⁰.

2.2. El derecho en la antigua Grecia

Los principales elementos que aportan al formalismo jurídico procesal, son rescatables del derecho de la antigua Grecia, la discusión filosófico-jurídica en torno a la justicia y su paso a través del tiempo de regímenes aristocráticos u oligárquicos a democráticos; sus principales y grandes filósofos son Sócrates, Platón y Aristóteles.

Atenas considerada la cuna de la democracia y con su brillante aportación de las obras de Platón y de Aristóteles, este decía que la justicia es lo más maravilloso, igualmente Sócrates a través de Platón decía que la justicia es más

⁵⁹ Weber, Max, op. cit., pp. 519, 520 y 604 - 606.

⁶⁰ Bernal Gómez, Beatriz, op. cit., pp. 26 y 27

preciada que el oro⁶¹, en ese sentido afirma Aristóteles que es justo lo que es conforme a las leyes y equidad, por el contrario será injusto lo que esté en contra de las leyes y sea desigual⁶² limitando a la justicia al contenido de la ley, por su parte en los Diálogos de Platón dice que es mejor un gobierno de leyes que un gobierno de hombres, para ejemplo está la época de Atenas en donde se dio un gobierno de hombres por llamarlo de alguna manera, esto es así, porque la arbitrariedad de los jueces así lo demostraba, a consecuencia de esto se creó una colección de leyes de la ciudad que solo eran orales, se consideró de esta forma la creación del primer código alrededor del año 621 antes de Cristo⁶³.

A pesar de la creación del código, siguieron problemas sociales, económicos y jurídicos, nótese que aun habiendo un nuevo código los problemas no se resolvían, porque los campesinos de la época sometidos a esclavitud estaban inconformes, se deduce que eran formas de gobernar autoritarias donde ponían en sus leyes sanciones severas como la esclavitud y hasta la pena de muerte, razones por la cual se cambia de gobernantes, eligiendo a Solón, el cual era uno de los siete sabios de Grecia, quien busco derogar las leyes injustas, pero a pesar de reformas, el pueblo de Atenas siguió sufriendo de tiranías y fue en estos cambios que se empieza a gestar la democracia, pero con tan solo un 10 por ciento de los habitantes, pues los demás (mujeres, esclavos y extranjeros) no participaban en ella, se traduce lo anterior en que las leyes eran la voluntad de solo unos pocos.⁶⁴

2.3. Derecho romano

Esta época se constituye desde la promulgación de la ley conocida como la "Ley de las XII Tabas" en los años 451-450 antes de Cristo, hasta la compilación ("Corpus iuris civilis") que mando a hacer el emperador Justiniano

⁶¹ Garzón Valdés, Ernesto y J Laporta, Francisco, op. cit., p. 467

⁶² Ricoeur, Paul, *Lo justo 2*, traducción de Tomás Domingo Moratalia y Agustín Domingo Moratalia, Madrid, Trotta, 2008, p. 12

⁶³ Bernal Gómez, Beatriz, op. cit., pp. 46 y 47.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 47 - 49.

en el siglo VI, este derecho Romano fue cambiando y se ajustaba a las necesidades del pueblo, por ejemplo se regulaban instituciones de diferentes formas, en el periodo arcaico la compraventa estaba lleno de formalismo y palabras rituales, por el contrario en el periodo clásico estos formalismos disminuyen al grado que para la perfección de la compraventa únicamente bastaba el simple consentimiento de las partes, y así diversas instituciones.⁶⁵

Se observa contrario a lo que el en el derecho primitivo era ausente, el desarrollo de la sistematización "moderna" del derecho, esto es, que las normas con las cuales se resuelven los conflictos de la sociedad de esta época son generalmente claras, coherentes y sin lagunas, o al menos se intenta, con lo cual se busca una previsibilidad en las consecuencias jurídicas, aunque se señala que independientemente de la sistematización del derecho lo que busca darle una previsibilidad al derecho, podemos hablar de un formalismo exagerado pero es un derecho "irracional en sentido formal" (de acuerdo a lo que Weber señala) porque la actividad jurisdiccional está basada en pruebas irracionales como los juramentos, juicios de dios y ordalias, entre otros.⁶⁶

La interpretación utilizada era la hermenéutica legal, principalmente en el "Digesto", dentro de la cual se utilizaron tres formas de interpretar: el sentido, el contenido literal y su espíritu o finalidad; mientras que en el derecho arcaico romano, para instaurar un procedimiento era necesario recitar fórmulas preestablecidas, realizar gestos y rituales, un formalismo acorde con la época, incluso la "Legis Actio Per Sacramentum" son operaciones para instaurar un procedimiento en base a palabras sacramentales, pero las acciones antes mencionadas cayeron en desuso y se sustituyeron por nuevos procedimientos: "Agere Per Formulas" y que después fue llamada fórmula, aunque estas ya existían en las acciones de la ley, la diferencia se basó en que ya no derivaban de la ley, sino era puestas por el pretor y estas deberían hacerse por escrito

⁶⁵ Ibidem, p. 57

⁶⁶ Weber, Max, op. cit., pp. 78, 509, 510 y 511.

mientras que en las *Legis Actio* se formulaban oralmente, eran tan exagerados las fórmulas que se consideraban como trampas para inexpertos, había muchas posibilidades de perder un juicio por fallas técnicas aun teniendo la razón; las formulas eran puestas por los sacerdotes, de ahí la posible relación con la divinidad en los rituales utilizado para las acciones.⁶⁷

En las *Legis Acciones* el proceso del *ordo iudiciorum privatorum*, es la etapa donde prevalece la actividad de las partes, por lo cual importa más la forma en que las partes actúen en el proceso que la resolución del asunto sea o no justa. Los principios fundamentales estaban establecidos en la Ley de las XIII Tablas, dentro de la cual se observan características del formalismo, con excesos rituales, todo se desarrolla en u proceso completamente místico, incluso por cuestiones religiosas dentro de la actividad judicial se impedía ejercer sus funciones en días llamados nefastos. Un ejemplo de este formalismo es el que Gaio nos da: una persona quiso ejercer una acción contenida en la Ley de las XII Tablas, en relación a cortar árboles, pero cuando dijo la formula hablo de viñas y no de árboles, si bien es cierto que son palabras del mismo género, el excesivo formalismo causo que esta persona uso una palabra distinta de la prevista en la Ley. Otra característica ya mencionada dentro de las *legis actio* y el sistema de fórmulas, es el principio dispositivo, el cual es un formalismo en el proceso, ya que independiente mente de lo que para el juez pueda parecer justo o injusto, tiene que apegarse a la forma en que las partes ofrecen al proceso.⁶⁸

Entre los conceptos desarrollados en esta época, se encuentra el de la justicia y la equidad (que se buscaba siempre); Ulpiano definía a la justicia como la constante voluntad de dar a cada cual lo suyo, mientras que por equidad se entendía la adecuación en el ejercicio del derecho al caso en concreto, este periodo se observa que la moral y el derecho todavía tenían relación, esto es así

⁶⁷ Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, Chile. Jurídica de Chile, 2012, Tomo I, pp. 102, 103, 113, 127, 128 y 131.

⁶⁸ Álvaro De Oliveira, Carlos Alberto, *Del formalismo en el proceso civil*, Lima, Palestra, 2007, p. 47, 48 y 49.

gracias a la definición de justicia que daba el jurisconsulto Ulpiano, ya que la justicia es un valor moral.

Esta época conto con tres sistemas de gobierno, la República el Imperio y la Monarquía, en esta se consideraba algo bueno la unificación del poder en tiempos de peligro para la nación, lo que podría traer grandes consecuencias jurídicas, como destruir la previsibilidad o certeza jurídica, pues las decisiones tomadas en estas circunstancias eran obligatorias. Durante los gobiernos, en el Imperio se doto a los más destacados juristas la facultad de hablar por boca del príncipe y estas se hacían obligatorias incluso para los jueces.⁶⁹

Tiempo más tarde el formalismo del característico del derecho romano disminuye un poco, esto viene con la creación del pretor "peregrinus en el año 312 antes de Cristo, dando origen al derecho comercial de Roma, se rompe con esto las sacramentales fórmulas para ejercitar acciones, y así los ciudadanos pueden explicar en forma libre sus controversias; el final de la ley de las XII Tablas es consecuencia del desarrollo del pueblo romano, ya que sus necesidades prácticas eran incompatibles con los formalismos exagerados y sin importancia. Cabe resaltar que dentro de este cambio del formalismo a la desformalización, hubo una pluralidad de fórmulas que no estaban sujetas a la ley, lo que en consecuencia genero la discrecionalidad del juez en admitir o no la acción, esto es una prueba de la necesidad de establecer todo en la ley, para así evitar el arbitrio del juzgador; aunque se disminuyó las formas arcaicas de entablar el proceso, el principio dispositivo continuaba, así que el formalismo seguía siendo parte del proceso, esto es, la solución del fondo dependerá de lo que las partes por medio de las formas aporten al proceso.⁷⁰

⁶⁹ Bernal Gómez, Beatriz. "La primera vida del derecho romano" en Bernal Gómez, Beatriz, op. cit., 58 - 66

⁷⁰ Álvaro De Oliveira, Carlos Alberto, *Del formalismo en el proceso civil*, Lima, Palestra, 2007, p. 50, 51, 52 y 53.

De esta forma leyes creadas por los gobernantes deberían ser aplicadas estrictamente, restringiendo las facultades de los jueces de interpretación, en la época de los emperadores bizantinos, se monopolizó la facultad de interpretación, característica de los regímenes absolutos.⁷¹

En el siglo XII caracterizada por la recepción en Europa del derecho romano, por el descubrimiento del "Corpus Iuris Civilis" de Justiniano, la recepción de este derecho como en cualquier otro lado, no es una simple imposición del derecho extranjero, sino que esto se realiza de forma paulatina, generalmente de forma inconsciente y adecuando a las necesidades del pueblo.⁷²

En la Universidad de Bolonia donde los Glosadores se desarrollaron, estos fueron creados por Irnerio (quien descubrió el Corpus Iuris Civilis), como su nombre lo indica se dedicaban a realizar glosas, utilizando un método formalista, hacían una exégesis textual o literal para interpretar los textos jurídicos, sin llegar a criticar o razonar, simplemente se reducían a declarar con otras palabras lo ya dicho en los textos legales; gracias a la escuela de los Postglosadores o Comentaristas (que se le llamó así por el método utilizado que era el de los Glosadores), se difundió el derecho romano y canónico en toda Europa.⁷³

Max Weber señala que en el siglo XV los "puritanos ingleses", los burgueses de Inglaterra, la empresa capitalista moderna, así como las clases bajas de los romanos preferían un derecho codificado, este daba a las personas mayor previsibilidad gracias a la sistematización del derecho, buscando un "cálculo" con tanta exactitud que pueda ser previsible como si fuera una máquina, y por ende la eliminación de la arbitrariedad, cabe destacar que el

⁷¹ Pallares, Eduardo, *La interpretación de la ley procesal y la doctrina de la reconvencción*, México, Coyoacán, 2012, pp. 12 y 14

⁷² *Ibidem*, pp. 107 y 108.

⁷³ *Ibidem*, pp. 109 - 111 y 115.

capitalismo sobrevivió en Inglaterra pese a su derecho basado en una justicia irracional y menos burocrática, lo que disminuía la previsibilidad de las relaciones jurídicas, y el motivo de la permanencia del capitalismo fue que la justicia era comúnmente negada a los pobres porque la compleja administración de justicia era costosa gracias a las formalidades extendidas dentro del proceso, en consecuencia era más fácil de acceder a los de gran capital económico.⁷⁴ Se demuestra con esto que las formalidades aunque bien significan mayor previsibilidad, pueden también traer consigo dificultad para alcanzar una justicia.

Más tarde e iniciando con el reinado de Augustus, con el aumento de la autoridad estatal por medio del juzgador, disminuye la utilización de las formulas, por lo que se da un proceso más libre, tanto para las partes como para el juzgador, primero solo se empieza por casos particulares, después es más generalizado a todos los asuntos, hasta llegar al gobierno de Diocleciano en el año 284 al 305 después de Cristo, en donde se convierte en el proceso principal y sustituye el proceso por formulas, el papel de las partes y el juez cambian relativamente, mientras se limita a las partes, los jueces ya cuentan con un poder ilimitado facultado por el emperador, estos datos son importantes ya que se demuestra dentro de la historia del formalismo procesal, que un aumento en el poder y discrecionalidad o arbitrariedad del juez, conlleva una disminución en el formalismo, con este cambio de facultades y poderes entre partes y jueces, se da una publicación del proceso, igualmente los medios de pruebas aumentan y se racionalizan, se toma más importancia a las pruebas testimoniales y documentales. El proceso en los años 400 y 500 después de Cristo se convirtió en la base esencial de los procesos canónico y común.⁷⁵

2.4. El derecho en la Edad Media europea

⁷⁴ Weber, Max, op. cit., pp. 608, 734, 1061 y 1062

⁷⁵ Alvaro De Oliveira, Carlos Alberto, op. cit., pp. 55, 56, 57 y 59.

El derecho procesal en las civilizaciones germánicas, en Europa en la Alta Edad Media, regían pruebas como los "juzgamientos de Dios u ordalias"; al final y con una pasividad de la actividad por parte del juez, el proceso únicamente consistía en el duelo entre las partes dejando al pueblo la decisión del ganador mediante una manifestación en base a Dios; a diferencia del derecho romano y derechos procesales modernos, el derecho germánico no concibió la idea de que el Estado debía otorgar el derecho y tener la obligación de comprobarlo, únicamente el juez era un requisito meramente formal y de estructura, un formalismo más dentro del procedimiento inflexible de este derecho. Únicamente y en continuación con la historia de este derecho se contempla una evolución en el papel que juega el juez en la justicia del pueblo, esto se dio en la jurisdicción civil franco-longobarda.⁷⁶

En el año 506, con la caída del imperio romano y después de la unión de pueblos romanos y germánicos se creó el código más importante de los romano-germánicas llamado "Breviaro de Alarico", su creación fue con la intención de acabar con la incertidumbre provocada por el exceso de fuentes jurídicas; su derecho penal caracterizado por el duelo, era público, oral y con un poco de formalismo sencillo pero riguroso.⁷⁷

El feudalismo surgió y con esto, cada feudo organizaba su propio sistema jurídico, lo que generaba incertidumbre por la gran cantidad de normas jurídicas, aquí no estaban libres del formalismo, por ejemplo el pacto de fidelidad que se realizaba para las permutas se perfeccionaba por medio de un juramento.⁷⁸

En 1215 personas cansadas de las arbitrariedades del rey Juan, trajo consigo que los ciudadanos y algunos obispos se manifestara levantándose en armas y por medio de luchar por sus peticiones se finalizó en una Carta, la cual hoy en día es conocida como la Carta Magna de 1215 en donde se puntualizó

⁷⁶ *Ibidem*, p. 45 y 46

⁷⁷ Bernal Gómez, Beatriz, *op. cit.*, pp 85 - 88.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 92.

que "ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado o de cualquier forma desposeído de su buen nombre, ni nosotros iremos sobre él ni mandaremos ir sobre él, sino media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país"⁷⁹, lo que hace significar la necesidad de establecer reglas de las cuales el gobernante no pueda dejar de observar, esto es, estar sujeto al imperio de la ley, una de las primeras formas de proteger a las personas de las arbitrariedades, dando pie a la formación del debido proceso como derecho.

En Alemania durante la baja Edad Media en 1273 y con un derecho íntimamente ligado a la religión, específicamente la católica, sus procesos judiciales eran formalistas, existían las ordalias y la prueba de los conjurados, la cual buscaban las respuestas pidiendo o aduciendo al su Dios, más tarde con el surgimiento de universidades el formalismo en el procedimiento creció. Por el contrario en países como Francia, España e Italia, aunque también acogieron el derecho romano y germánico, estos lo mejoraron, desarrollando gracias a las universidades incluso el derecho procesal.⁸⁰

2.5. El desarrollo del derecho canónico y común

Este derecho, surgió en el siglo I, con la finalidad de proteger a los pobres, es el derecho de la iglesia que imperaba en estos tiempos, la cual era la católica, caracterizado por un formalismo resultado de los rituales que se encuentran en la Biblia o Antiguo Testamento y los Evangelios o Nuevo Testamento (Sagradas Escrituras), junto con las leyes creadas por la autoridad de la Iglesia. El derecho procesal canónico en la Alta Edad Media solo tiene a bien desarrollarlo a través del establecimiento del proceso judicial ante tribunales de la iglesia.⁸¹

⁷⁹ Arazí, Roland y Oteiza, Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, primera edición, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2003, p. 6.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

⁸¹ Bernal Gómez, Beatriz, *op. cit.*, pp. 121, 122, 125 y 126.

Con el aumento de las personas en la civilización, aumentan y se complican los problemas de las relaciones sociales, surge la necesidad de ordenamientos jurídicos con mayores garantías de derechos de los ciudadanos, por lo cual se optó por un proceso en donde las partes tuvieran la dirección de éste como garantía contra las arbitrariedades de los juzgadores, la gran desconfianza que se tenía del pueblo a sus gobernantes y juzgadores fue lo que conllevó a normas rígidas, igualmente de la oralidad se pasa al sistema escrito, en donde el juez tenía que juzgar de acuerdo a lo que este escrito en los autos; se tenía unas reglas para la valoración de la prueba que buscaba evitar el arbitrio judicial, contrario a lo que más adelante veremos en la época moderna, no se contaba con un método empírico, científico o inductivo, sino que todas las reglas estaban fuera de algún control de validez. En esta época con la influencia de la iglesia y sus dogmas, la libertad del juzgador está ligada a la decisión arbitraria, lo que condujo a la llamada teoría de la prueba legal, en donde se buscaba un método claro y establecido en la ley para la valoración de la prueba, lo que se traduce en un formalismo en del derecho probatorio: en consecuencia de la búsqueda de garantías dentro del proceso, este se convirtió más que ayudar, en un obstáculo para la justicia, en donde un abogado podría hacer de sus habilidades para crear obstáculos dentro del proceso al adversario, aunado con la masa de leyes, opiniones y precedentes que en vez de contener la decisión del juez se encontraba en una gran discrecionalidad de decisiones gracias al cumulo de leyes. Años más tarde en el siglo XII el proceso se caracteriza por un formalismo riguroso con plazos estrictamente establecidos y el debilitamiento de la dirección del proceso por el juzgador.⁶²

En general el formalismo jurídico de las civilizaciones antes mencionadas, buscan por un lado busca evitar que los litigantes en su deseo por ganar, generen caos en dentro del proceso, utilicen su facilidad de palabra para influir o persuadir en la decisión o evitar que por sus sentimientos lleguen a la violencia,

⁶² Álvaro De Oliveira, Carlos Alberto, op cit., pp. 60 - 65 y 67.

por otro lado se busca evitar algún tipo de justicia natural, por sus propias manos. Por lo tanto la aplicación del derecho previo a la modernidad, estaría encargado al jefe de la tribu o también conocido patriarca familiar, que era concebido como el jefe de familia quien ejercía la autoridad, estos sugestionados por el de Dios mediante el poder otorgado fieles a los sacerdotes. Posteriormente, en los pueblos neolatinos de España, la carga de la prueba se realizaba en el tribunal por parte del actor, mediante un ritual en donde las partes cruzando las manos con cuatro personas más, rezaban un "juramento de calumnia", de "malicia", "de cuatro manos"; por otro lado el demandado también tenía un ritual consistente en señalar su inocencia o purgatorio, diciendo: "si no es así, Dios me confunda", la cual era una costumbre arraigada por años.⁸³

En Alemania el formalismo tiene su lugar en la importancia que tienen las formas prescritas en la ley, con un principio dispositivo total, sistema de escritura y con etapas procesales rigurosas, esto es, de preclusiones. Aquí las formalidades en el procedimiento sirven ya como antes se había mencionado, para generar un orden en el proceder de los litigantes, como en los sistemas de riguroso formalismo, dentro del derecho alemán, errores técnicos como cambiar palabras del juramento, no arrodillarse ante el Relcarario, tener una mala posición del cuerpo diferente a la establecida en la ley, conducía a la derrota del juicio. Ya lo decía Siegel, en este sentido parece que las formalidades son obstáculos para los litigantes.⁸⁴

2.6. El derecho en el renacimiento

Es el movimiento cultural que se dio en Europa en los años 1450 al 1600, el cual fue llamado Renacimiento por el filósofo francés Voltaire, poco después se entra al Modernismo o Edad Moderna; en esta etapa histórica, las preguntas filosofías relacionadas al imperio del derecho cuestionaban el poder del rey.⁸⁵

⁸³ *Ibidem*, pp. 41 - 44.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 69 - 71.

⁸⁵ Bernal Gómez, Beatriz. *op. cit.*, pp. 135 y 136.

Más tarde y a consecuencia de inquietudes de los pueblerinos, se crearon nuevas legislaciones, pero a pesar de estar vigentes, en la práctica se utilizaban la exegesis realizada por los postglosadores, este formalismo era mejor acogido gracias a la seguridad jurídica que otorgaba en los tribunales.⁸⁶

A medida que surgen cambios en las sociedades, con ello se modifican costumbres y se da evolución, buscando un proceso menos formalista, más flexible y con la búsqueda en la eficiencia del instrumento procesal, es que se da la reforma prusiana por Federico el Grande y el decreto de 1306 del Papa Clemente V; éste decreto llamado "Clementina Saepé", es un sistema procedimental sumario donde se faculta el juez a investigar la verdad material, incluso de oficio, facultad para rechazar excepciones dilatorias, el principio dispositivo no se encuentra en este sistema. En 1311 se dio una reforma, adicionando al sistema la "Clementina Dispendiosam", en donde se ordena que el sistema sumario se extienda a todos los procesos; la finalidad de este procedimiento sumario buscaba evitar menos las formalidades y ser un proceso corto, esto contribuyo mucho a entender mejor la distinción de un formalismo necesario al formalismo innecesario.⁸⁷

Fue gracias a la escuela holandesa de la Jurisprudencia Elegante y con su desarrollo que, desde finales del siglo XV y principios del XVI, se crea una nueva forma de estudio e interpretación del derecho, llamada "Uso moderno del Digesto o Pandectas", igualmente es una aceptación del derecho romano en Alemania, gracias a los miembros de esta forma de usar el código del Digesto que se da una de las escuelas de interpretación del derecho del mundo europeo mas importantes que es la "Escuela Histórica del Derecho".⁸⁸

2.7. Estado de derecho legal (formalismo moderno)

⁸⁶ Ibidem, p 138

⁸⁷ Álvaro De Oliveira, Carlos Alberto, op. cit., pp. 77 - 83.

⁸⁸ Bernal Gómez, Beatriz, op. cit., pp. 140 y 143

A finales del siglo XVIII surgió la corriente filosófico-jurídica del iusnaturalismo racionalista, basado en el derecho natural y razón del hombre, aunque más tarde el derecho se reduciría a la ley, es donde aparece la corriente filosófico-jurídica positivista lo que caracteriza al siglo XIX.⁸⁹ En 1789 se dictaba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que llevaba consigo un ideario de seguridad jurídica, en razón de que estaban cansados del gobierno de los hombres y su arbitrariedad⁹⁰; de las obras de Locke surgió el principio de la supremacía de la ley, de Montesquieu la división de poderes y de Rousseau la soberanía radicada en el pueblo y en base a estas ideas se crea en las personas la necesidad de crear los códigos, a esto se le llama la era de la "Codificación del derecho", iniciado en el siglo XVIII; la Codificación, es un proceso de positivización del derecho natural racionalista, busca una mayor seguridad jurídica aunque privilegia el derecho escrito sobre el justo, lo que le da una esencia de formalismo al sobreponer la forma sobre el fondo, igualmente busca reflejar el poder del gobernante y dejar claro el imperio y capacidades normativas del Estado, un gran ejemplo es el Código de Napoleón que fue consecuencia y éxito de la Revolución Francesa la que genera el Estado de derecho legal⁹¹ y después en 1799 se toma en serio la creación del Código y es publicado en 1804, siendo el Código más influyente de todos.⁹²

De 1793 a 1795 con la reforma en Prusia, principal Estado alemán, el juez estaba facultado incluso de oficio para hacerse allegar de pruebas, esto deja de lado el formalismo buscando la justicia, aunque por otro lado el juez estaba limitado a las rígidas reglas en la apreciación del material fáctico de la causa, nótese que un principio en este sistema prusiano es la búsqueda de la verdad absoluta.

⁸⁹ *ibidem*, pp. 161 y 162.

⁹⁰ El principio de legalidad que buscaba obtener certeza jurídica, nació como protección a la arbitrariedad en el siglo XVIII por la doctrina de Montesquieu a Kant. En Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo*, editorial Fontamara, cuarta edición, México, 1995, p. 54.

⁹¹ Luis Vigo, Rodolfo, *Constitucionalización y judicialización...* cit., p. 23.

⁹² Cruz Barney, Óscar, *La codificación*, México, Porrúa, 2006, pp. 3 - 9.

Más tarde dentro del proceso liberal iniciada con la Revolución francesa, se incrementa la publicidad de los procesos y la oralidad como principio, con esto se da un antiformalismo extremo con el decreto de Brumario en 1793, que consistía en la gran simplificación de las formas procesales, quedando solamente con diecisiete artículos, más tarde con el Código Civil francés de 1806, a pesar de innovaciones en la oralidad y publicidad del juicio, se muestra claramente un formalismo gracias a la lentitud del proceso lento y escrito en su mayor parte.⁹³

Durante el siglo XIX el poder discrecional fue una consecuencia necesaria y legítima del desarrollo del poder gubernamental.⁹⁴

Codificar fue una forma de organizar el derecho, una forma de agrupar o recopilar todas las legislaciones, no había un cambio de contenido únicamente un cambio en la forma de organizar el derecho y esta era la Codificación; la búsqueda de la seguridad jurídica en la Codificación evitaría la arbitrariedad, aunque también buscaba minimizar la discrecionalidad, terminar las lagunas y antinomias y en consecuencia una certeza y previsibilidad de las relaciones jurídicas;⁹⁵ se hacía entender con la codificación que el derecho era simple coherente y completo porque todo estaba dicho en los códigos y no había necesidad de que el juez buscara una solución sino simplemente tenía que aplicar la ya establecida en los textos jurídicos.

Codificación y constitucionalismo son conceptos relacionados, este se entiende como una forma de codificación, la Constitución tiene su creación en el derecho anglosajón, junto con esto y los ideales liberales viene la creación de Estado de derecho, desarrollado en Europa a consecuencia de dos revoluciones, la Industrial y la Francesa; pero la simple creación de una Constitución o de leyes dentro de un Estado, no significa que sea un Estado de derecho, como

⁹³ Álvaro De Oliveira, Carlos Alberto, op. cit., pp. 84 - 91.

⁹⁴ Melero de la Torre, Mariano C., *Dworkin y sus críticos*, Valencia, 2012, p. 30.

⁹⁵ Bernal Gómez, Beatriz, op. cit., pp. 163, 164 y 165

ejemplo están las monarquías absolutas de Europa que se dieron en los siglos XV hasta el siglo XVIII, ni los dictatoriales o totalitarios como son el nacionalsocialismo, fascismo, comunismo, falangismo-franquismo, entre otros, que se dieron durante el siglo XX, a pesar de que estos contaban con constitución o leyes, no estaban apegadas al derecho justo,⁹⁶ esto es, Estados totalitarios o dictatoriales, se hacen llamar Estados de derecho, porque dentro de estos se encuentra el derecho, para que la fuerza este limitada con la ley, pero si el derecho es la fuerza a través de la ley, no hay una verdadera limitación a la fuerza, sino una libertad, con forma de ley.⁹⁷

La idea del Estado de derecho del siglo XVIII y configurado en el XIX con los movimientos constitucionales y codificadores, consistían en la soberanía del pueblo, el sometimiento de gobernantes y gobernados al derecho como límite al poder político; a consecuencia de lo anterior surgió el imperio de la ley en cuanto es voluntad del pueblo, gracias a la historia vivida por las generaciones anteriores, se busca un gobierno de leyes que supla al gobierno de los hombres, otorgando seguridad jurídica, legalidad de los actos y la división de los poderes, junto con estos elementos contaba el ideario revolucionario francés, por eso fue la gran aportación al mundo del derecho y en general a todas las personas, dotando de una Constitución escrita y en forma que se adoptaría en países de Europa continental y nuevas repúblicas latinoamericanas.⁹⁸

El proceso civil en los años del siglo XIX al XX, su observa una publicidad del proceso, dando lugar al proceso dirigido por el juez y el juez, pero principalmente por aquel, queda claro que se tiene una idea del papel activo del juez como parte del proceso moderno, buscándose la eliminar los falsos formalismos, rechazándose el formalismo sacramental, arcaico e inútil, prevalece el principio de legalidad, buscando la predeterminación de las formas del procedimiento, pero con la posibilidad de adecuarlo a las circunstancias

⁹⁶ Cruz Barney, Oscar, op. cit., p. 166.

⁹⁷ Zagrebelsky, Gustavo, op. cit., p. 88.

⁹⁸ Cruz Barney, Oscar, op. cit., pp. 167 y 168.

concretas de cada juicio, mediante poderes de aceleración, simplificación o abreviación; se busca un buen sistema de preclusiones, dando lugar a la concentración y plenitud de la actividad procesal entre las partes.⁹⁹

Dentro de las sociedades del Estado de derecho legal, se caracterizaban porque los gobernados y gobernantes, están sometidos a la ley, independiente del contenido moral, es por eso que se llega confundir el derecho con la ley, no hay más derecho anterior a la ley; las leyes como el Código Civil francés no contenían reglas para integrar el derecho por cuestión de que el creador de la ley es omnisciente y en consecuencia no habrá lagunas ni antinomias; las normas o reglas establecidas en las leyes contenían los supuestos de manera clara para que los hechos sean subsumidos con la ley, como un método mecánico; como lo hemos dicho la seguridad jurídica viene de la mano con los ideales de la Revolución francesa que buscan una previsibilidad mediante la ley, la cual no se tenía antes gracias a la arbitrariedad de los gobernantes y jueces; los derechos humanos solo eran concesión del Estado, así estos dependían de la validez jurídica que se daba mediante el proceso legislativo de cada Estado y en el mismo sentido las Constituciones solo eran programas políticos que mediante el poder legislativo se traducían en derecho a través de las normas.¹⁰⁰

Esta tendencia, a positivizar (Codificar) el derecho natural-racionalista como se menciona en líneas anteriores, busca sistematizar el derecho y busca poner límite a la incertidumbre jurídica, tiempo después surgieron teorías que advertían de un formalismo, como la jurisprudencia analítica y escuela de la Exégesis (normativista-legalista) y la Pandectística y jurisprudencia conceptual (conceptualista); así los juristas del siglo XIX buscaban mecánicamente la solución de los problemas, por reglas puestas en la ley o la jurisprudencia; pero con esto hubo pensamientos en contra de ésta época del derecho que buscaba la mayor seguridad jurídica en las leyes y la jurisprudencia, señalándola de

⁹⁹ Alvaro De Oliveira, Carlos Alberto, op. cit., pp. 102 - 105, 109, 115, 116.

¹⁰⁰ Luis Vigo, Rodolfo, *Constitucionalización y judicialización...*, cit., p. 25 - 33.



formalista, es así que surge el antiformalismo, que principalmente pugnaba por que se tuviera en cuenta los fines del derecho (teleología); el llamado "realismo jurídico americano", fue una de las últimas corrientes que estaban en contra del formalismo, en la cual se buscaba analizar de manera empírica el derecho vigente, apoyándose en las decisiones judiciales; así Roscou Pound señalaba que el derecho debía ser tomado en cuenta con *referencia a su fin y a sus resultados en relación a ese fin*, que en el formalismo no se hacía, por lo cual llegaría a toparse con problemas al tratar de resolver cada caso en concreto, topándose con principios que serían difícilmente traducidos en la práctica y no encajarían en la idea del sistema predeterminado que apelaba el formalismo.¹⁰¹

2.8. Estado de derecho Constitucional

Se ve esta etapa un desarrollo en el Derecho y el juez, pues éste deja la actividad limitada de ser boca de la ley que Montesquieu¹⁰² señalaba en relación a las formas de gobierno y de ejercer el poder de juzgar, ya que mientras en el estado de derecho legal se tendía a maximizar la seguridad jurídica como última finalidad del derecho, mientras que en el estado de derecho constitucional la seguridad jurídica se encuentra como un valor de igual jerarquía que cualquier otro, por lo tanto la finalidad no será la seguridad jurídica que dotaba únicamente la ley, sino que la seguridad jurídica será un complemento de la ley y la constitución, pero principalmente esto es a consecuencia de Estados con derecho que cumplían la ley siendo esta injusta, el ejemplo más claro se encuentra en los nazis que mataron a miles de personas y después fueron juzgadas por un tribunal, dichos juicios fueron conocidos como los Juicios o

¹⁰¹ García Ruiz, Leopoldo, "La noción de sistema en la génesis del formalismo jurídico y su crítica a partir de la jurisprudencia sociológica norteamericana", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, España, serie 7, 2003, pp. 389 – 406

¹⁰² Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, traducción de Siro García Del Mazo, Tomo I, Librería General de Victoriano Suárez, 1906, p. 237. En el mismo sentido puede verse lo establecido en Landa Arroyo, César, "Los precedentes constitucionales", *Justicia Constitucional*, Lima, año IV, número 7, julio 2007 – junio 2008, pp. 29 – 69.

Tribunales de Nuremberg de 1945, dentro del cual la Litis, se concentro en que se cumplió la ley pero una ley injusta.¹⁰³

Se transita pues de un estado legal en donde solo importaba el cumplimiento de las formas para la creación de leyes sin tener una visión crítica del derecho, al estado constitucional en donde además de importar las formas para la creación de las leyes se adiciona que estas estén conformes con la constitución lo que implícita o explícitamente señale, es decir, el procedimiento y la sustancia, para evitar así que las mayorías puedan afectar los derechos fundamentales de las personas.

Dentro de esta época, la interpretación de las leyes por los jueces debe ser en base al sistema jurídico, tomando como base la Constitución del Estado, en dos palabras "interpretación conforme", para ejemplo se encuentra la reforma Constitucional en materia de derechos humanos de México del 10 de junio del 2011¹⁰⁴, la interpretación pues no debe ser aislada, pero no solo debe haber una relación de entre leyes de manera vertical u horizontal, sino también sustancial, es decir, se debe tomar en cuenta, las razones subyacentes de las reglas para la resolución de casos y el contexto en el cual se aplicara, en otras palabras la argumentación juega un papel fundamental en esta época, mientras que en el estado de derecho legal el formalismo interpretativo de la codificación, hoy en la constitucionalización exige una mayor argumentación que solo un silogismo jurídico.

Es aquí pues, a partir de esta etapa donde se empieza a criticar la interpretación formalista como en su momento lo fue la Escuela de la Exégesis¹⁰⁵ de Francia, en donde se da un culto al legislador respeto por la

¹⁰³ Luis Vigo, Rodolfo. *Constitucionalización y judicialización...*, cit., pp. 26, 30, 32, 33

¹⁰⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011 y que puede ser consultado en el siguiente link: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

¹⁰⁵ Para mas información sobre la Escuela de la Exégesis y las comparaciones respecto al mundo jurídico actual véase: *El fin de la escuela de la Exégesis, la Argumentación como*

literalidad del derecho escrito y al realizar el Código Napoleónico los juzgadores buscaban aplicarlo literalmente; y la Jurisprudencia de Conceptos, para pasar a una interpretación en forma de argumentación, que significa dar razones para justificar su decisión en base a las reglas aplicadas y tomando en cuenta todo el sistema jurídico; con la constitución se incluyen los valores y principios lo que lleva a la moral¹⁰⁵

Riccardo Guastini reconoce este proceso como la "Constitucionalización del ordenamiento jurídico"¹⁰⁷, en donde se fusiona la constitución con el sistema jurídico, traduciéndose en diversos fenómenos como la interpretación conforme, constituciones rígidas, es decir, proceso especial y mas complejo para la reforma constitucional, una garantía jurisdiccional, es decir que los jueces apliquen la constitución en todos los ámbitos, la sobreinterpretación, que significa dejar de lado la interpretación literal para la constitución para interpretar de modo extensiva esta, lo que implica pues constituciones diferentes que surgen en la segunda post guerra mundial, encontramos diversas constituciones parteaguas de esta constitucionalización del derecho, en Europa esta el caso de Italia en el 1947, Alemania en 1949, Portugal 1976, España 1978 y en América Latina esta Brasil en 1988 y Colombia en 1991; estas otorgan un amplio catalogo de derechos fundamentales, vemos pues diferentes elementos que se van generando en diversas épocas, lo que hace el derecho un estado constitucional, son todos estos elementos funcionando al mismo tiempo lo que llega a realizar un cambio de estado de derecho legal al estado de derecho constitucional.¹⁰⁸

Derecho, publicado por el canal de Youtube "Proyecto Grado Cero AEJ"
<https://www.youtube.com/watch?v=5ogqMKk6rA8>

¹⁰⁶ Ferrer, Jordi, *Reflexiones críticas sobre el neoconstitucionalismo*, Cátedra de Cultura Jurídica, publicado en Youtube el 27 de septiembre del 2012, ver minutos 5:24 - 13:32, link: <https://www.youtube.com/watch?v=8FXxMEUURH0>

¹⁰⁷ Guastini, Riccardo, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, Trotta, Madrid, España, 2009, pp. 49 - 69.

¹⁰⁸ Carbonell, Miguel, *El Neoconstitucionalismo en América Latina*, Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos fundamentales, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, 25 de agosto de 2009, publicado en Youtube consultarlo en los minutos 4:10 - 6:20 en el link: <https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>

CAPITULO 3. DERECHO POSITIVO

CRITERIOS JUDICIALES EN CONTRA O A FAVOR DEL FORMALISMO PARA NAYARIT.

Generalmente dentro de la interpretación de ciertos artículos cuando el caso resultan diversas interpretaciones, los órganos jurisdiccionales principalmente la Suprema Corte de Justicia de la nación toma en cuenta las finalidades o razones subyacentes de la norma para establecer la interpretación de la norma.

Así, una vez plasmado las teorías y conceptos respecto al tema de la investigación, es importante ver que interpretación se ha dado en sede jurisdiccional al respecto, por lo cual en el presente capítulo se busca ofrecer una comparación de los criterios judiciales y normas que encuentren analogías y diferencias, fortalezas y debilidades, teniendo en cuenta los contexto en el cual se aplica el sistema jurídico para entender los resultados, con la finalidad de dotar al lector de mayor conocimiento sobre el tema que se investiga en el presente trabajo, demostrando su utilidad en la práctica jurídica, y así sistematizar la información encontrada y criticada para que sirva de base en muchos otros estudios, pero principalmente tenga utilidad práctica en las decisiones judiciales.

Por razón lógica debido a la imposibilidad física y temporal de revisar todos los precedentes de los sistemas jurídicos, que pudieran tener relación y nos aporten conocimientos para resolver el problema de la presente investigación, la selección se ha delimitado los casos en los cuales los autores citados en el cuerpo de la investigación nos aporten, es decir, cuando ellos hacían mención de un caso en específico que tuviera relación con el tema de investigación, se analizaba a fondo para decidir si aporta o no elementos que son necesarios plasmarlos, además de que dependiendo del país en el cual se realizó el

precedente, se hacia una búsqueda de precedentes relacionados en el mismo país, por medio de los tribunales constitucionales de los Estados.

3.1. Criterios Vinculantes.

3.1.1. Constitución y tratados internacionales

Dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentran reglas de la forma de aplicación de las normas, sean reglas o principios; en su artículo 1 párrafo segundo se establece una regla sobre las reglas y principios, es decir, se dice la forma en que se aplicaran las normas relacionadas a los derechos humanos, estableciendo que se harán conforme a la constitución y tratados internacionales en materia de derechos humanos además se *favorecerá en todo tiempo* a las personas la protección más amplia, esto significa, que de encontrarse dos o mas interpretaciones se escogerá la que mas le beneficie a la persona.

Del artículo 14 del ordenamiento jurídico mencionado, se desprende el principio de legalidad, pues todo acto debe ser conforme a las leyes, además establece la orden de cumplir las formalidades *esenciales* del procedimiento judicial, es decir, establece una regla general, ambigua y vaga, pues *esencial* puede tener diferentes concepciones; pero se deduce que está refiriéndose a un tipo especial de formalidades, y no a todas las formalidades, pues de lo contrario hubiera bastado con que el constituyente plasmara el cumplimiento de las formalidades, sin agregar el calificativo de *esencial*, en el párrafo tercero del artículo antes mencionado, se establece una regla de aplicación de las normas en materia penal, específicamente en cuanto a la pena se refiere, señalando que no se deberá por analogía imponer una pena, se aprecia, que es una forma de garantizar el arbitrio judicial, garantizando la seguridad jurídica, en materia civil en el mismo artículo párrafo cuarto se establece dos formas de aplicación de las leyes civiles, por un lado debe hacerse conforme a la letra, es decir, una

interpretación literal, pero se da otra opción, que es la interpretación jurídica, se aprecia pues, que son dos opciones y pueden significar cosas muy distintas dependiendo el punto de vista del interprete, mientras que la interpretación literal, se limitara al sentido que se deduce de las palabras independientemente de factores externos, pero el problema se presenta en la otra opción, o sea, en la interpretación jurídica, pues en esta pueden entrar todo tipo de interpretación, incluso otro problema se presenta entre las reglas de aplicación del derecho, pues una interpretación literal puede ir en contra de la interpretación que más favorezca a la persona en tratándose de derechos humanos.

En el artículo 16, se establece la fundamentación y motivación de todo acto de autoridad, debiendo estar sustentado en un dispositivo legal y su motivación debe buscar su legitimidad, el problema de esta regla que busca la seguridad jurídica es el grado en que se busca la seguridad jurídica, es decir, no se establece que se entienda por *fundar y motivar*.¹⁰⁹

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 25.1¹¹⁰ se establece el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva, es decir no basta el establecimiento del procedimiento, sino que ese procedimiento debe ser efectivo, lo que implica lograr la resolución de conflictos y dotar de justicia a las personas, se observa que el legislador al notar que el derecho por si solo no era eficaz, se estableció en la convención el recurso efectivo, lo que hace notar la existencia de recursos pero no de su efectividad, lo que se traduce en un formalismo, es decir, aunque en el derecho de antemano se busca la efectividad en su leyes, estas no llegan a cumplirlas, por lo que se busca resaltar mas su importancia estableciéndola explícitamente en la ley.

¹⁰⁹ Consultado el 25 de junio del 2016 en la pagina de internet: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_29ene16.pdf

¹¹⁰ Consultado el 30 de junio del 2016 en la pagina de internet: <https://www.scjn.gob.mx/libro/instrumentosconvencion/pag0259.pdf>

3.1.2. Jurisprudencia Mexicana

La jurisprudencia mexicana que se ha establecido por los tribunales federales, se encuentra diversos precedentes entre los cuales los mas destacados en relación al tema de investigación son:

Bajo rubro *Principios de favorecimiento de la acción (pro actione), de subsanación de los defectos procesales y de conservación de las actuaciones, integrantes del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Su aplicación en el proceso*¹¹¹, en éste precedente se establece que las disposiciones procesales se interpretarán en el sentido mas favorable evitando que las irregularidades formales sean obstáculos insalvables, esto es, que si puede subsanarse la deficiencia o incluso la misma autoridad de oficio puede suplir los defectos, siempre tomando las circunstancias del caso, lo anterior en aras de proteger el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; pero los "obstáculos insalvables" serían aquellos requisitos procesales que si se dejan de observar violarían un derecho humano en mayor grado que la violación causada por no permitir evitar el obstáculo.

Bajo rubro *Notificaciones en materia civil. Surten efectos al día siguiente al en que se practiquen, en atención al principio pro persona (legislación del estado de Nayarit)*.¹¹², de esta jurisprudencia se infiere que a causa de una laguna jurídica *prima facie* que no establecía cómo debe surtir efectos la notificación, el juzgador establece que habiendo diversas formas de interpretar y aplicar la ley, la mas protectora y la que cumple con una tutela judicial efectiva evitando un formalismo juridico en virtud de que se atiende a la finalidad de la

¹¹¹ Tesis 1.3o.C.J/4 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3, p. 1829, consultado el 30 de junio del 2016, cuyo rubro dice: *PRINCIPIOS DE FAVORECIMIENTO DE LA ACCIÓN (PRO ACTIONE), DE SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS PROCESALES Y DE CONSERVACIÓN DE LAS ACTUACIONES, INTEGRANTES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU APLICACIÓN EN EL PROCESO.*

¹¹² Consultado el 17 de octubre del 2016 el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

norma es que el juzgador decide aplicar la interpretación que más favorece a la persona.

Dentro de la Jurisprudencia con rubro *Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía*.¹¹³, de la lectura de la presente tesis de jurisprudencia se observa que se establece por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por votación mayoritaria estableció una superposición, al menos temporal, del principio de seguridad jurídica en perjuicio de los derechos humanos y por consecuencia de la justicia, esto en razón de que no se permitió la inaplicación de una jurisprudencia al caso en concreto por el método de control difuso establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se le da carácter *infallible*¹¹⁴ a la jurisprudencia al menos temporal, esto es, mientras dure vigente la jurisprudencia hasta que se modifique el criterio mediante los medios establecidos en la Ley de Amparo, por lo cual se privilegia un cierto nivel de seguridad jurídica consistente en la certeza absoluta independiente de cualquier factor, aun cuando a concepción de algún Juez la misma este en contra o sea violatorio de los derechos humanos, por lo cual, de lo que se tiene seguridad es de la posibilidad de violación de derechos humanos mediante la aplicación de una jurisprudencia, así pues, parece al menos en esta decisión jurisprudencial que la decisión esta basada en un Estado de derecho legal incompatible con el Estado de derecho constitucional en el cual México hoy debería estar, el primero se caracteriza por la generalización de las reglas y en el segundo por el particularismo de los hechos.

¹¹³ Consultada el 23 de octubre del 2016 el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

¹¹⁴ Al respecto se hace un estudio en el cual se critica de forma razonada la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a la imposibilidad de inaplicar la jurisprudencia por el método de control difuso, dicho artículo académico es el siguiente: COSSIO DIAZ José Ramón y LARA CHAGOYÁN Roberto, *¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible?*, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 32, enero-junio, 2015, pp. 81-109.

Se observa una jurisprudencia de gran importancia para la presente tesis la cual se transcribe aquello considerado relevante para la misma en el cual el rubro dice:

*Requisitos procesales bajo la óptica constitucional de los derechos humanos y dentro de su texto a lo que nos interesa menciona: es la finalidad de la norma, que tiene que mirarse en función del valor justicia, donde radica el carácter de derecho público de los requisitos procesales... velar porque los requisitos procesales sean los adecuados para la obtención de los fines que justifican su exigencia, para que no se fijen arbitrariamente y para que respondan a la naturaleza del proceso como el camino para obtener una tutela judicial con todas las garantías...*¹¹⁵

De la anterior tesis se desprende que toda regla tiene una finalidad y que esa regla debe ser acorde con la finalidad, por lo cual el juzgador debe estar atento a que la aplicación de la regla no valla en contra de su finalidad, por lo cual se entiende que el método de resolución de ese caso, fue un método particularista es decir, que no basto que de manera general se plasmara una regla que previamente el legislador habia aprobado cumpliendo con el procedimiento legislativo, sino que además se deduce de manera implícita que al caso en concreto se pueden presentar particularidades del caso que si bien se subsuma el hecho a la regla en cuestión el resultado de esta no cumpla con la finalidad en la cual fue creada.

Para entender de mejor manera lo anterior es necesario observar detalladamente las consideraciones que se encuentran plasmadas en la

¹¹⁵ Tesis de jurisprudencia del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en el Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2 en la página 1189 bajo registro número 2002388, cuyo rubro dice **REQUISITOS PROCESALES BAJO LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**, consultada el 19 de octubre del 2016 en la pagina de internet http://200.38.163.178/sjsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd9df8f9fd&Apendice=1ffdf9fcff&Expresion=requisitos%2520procesales%2520bajo&Dominio=Rubro.Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=47&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2002388&Hit=14&IDs=2012773,2012008,2011132,2010471,2009444,2009267,2008307,2007077,2006366,2005583,2005098,2004729,2002942,2002388,2000328,161793,163191,164636,167235,170443&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

sentencia que dio resultado a la anterior jurisprudencia que se reflexiona y que se transcribe a lo que interesa:

El artículo 17 constitucional reconoce el derecho humano de acceso a la justicia. . el artículo 1º de la Constitución General de la República impone esa obligación de respetar y garantizar cualquier derecho humano en el ámbito de competencia respectivo. naturaleza y finalidad de los requisitos procesales; por otra, el fenómeno jurídico del formalismo y, por último, lo que ha sido denominado por la doctrina como las técnicas judiciales no formalistas. es decir, las medidas que pueden adoptar los órganos jurisdiccionales para la adecuada aplicación de las formas procesales, en aras de la tutela judicial efectiva.... Los requisitos procesales son aquellos que corresponden a los actos procesales, es decir a la forma, entendida como la apariencia externa que ha de revestir el acto, para ser eficaz; el modo de su manifestación exterior.

Las normas procesales son derecho público pero no toda norma de esta naturaleza o que se halla en un código procesal, en relación a la forma, tiempo y lugar en que han de ser llevados a cabo los actos procesales disponibles, con la única limitante de no extinguir totalmente la garantía de audiencia previa y de legalidad.

Por otro lado, el menor error en los requisitos procesales no debe conducir a una desestimación automática, sin posibilidad de enmienda por quien lo cometió o por el propio juzgador, porque tal consecuencia si no está prevista expresamente en la ley y aunque lo estuviera, sería rigorista por ser una sanción excesiva y, por ende, contraria al derecho de acceso a la justicia y violatoria de la tutela judicial efectiva

Por tanto, lo que es irrenunciable y de orden público son las normas procesales que regulan formalidades esenciales del procedimiento que desarrolla la garantía de audiencia previa y que impone a las partes y al órgano judicial el cumplimiento obligado de los presupuestos y requisitos procesales. En otras palabras, es en la finalidad, que tiene que mirarse en función del valor justicia y no en las exigencias formales, donde radica el carácter de derecho público de los requisitos procesales.

Por virtud de la obligación establecida para todas las autoridades... velar porque los requisitos procesales sean los adecuados para la obtención de los fines que justifican su exigencia, y que no se fijen arbitrariamente, a fin de que respondan a la naturaleza del proceso como el camino para obtener una tutela judicial con todas las garantías.

Y si la ley no contempla expresamente esta flexibilidad, ello no será obstáculo para que el juzgador interprete y aplique la norma de manera conforme a lo que las diversas disposiciones constitucionales establecen y que forman un sistema que regula de manera completa las garantías de audiencia previa, seguridad jurídica, legalidad y derecho de acceso a la justicia en una visión armónica de los artículos 14, 16 y 17 constitucionales.

II El formalismo.

Los requisitos o formas de los actos jurídicos pese a su importancia para la ordenación del proceso, se transforman en formalismos sin sentido cuando se erigen en rituales u obstáculos insalvables para su continuación

El formalismo, como fenómeno jurídico, consiste en la aplicación o interpretación de los requisitos procesales (especialmente los formales) de modo tal que aunque se consiga la finalidad que pretenden, se entiende que han sido incumplidos, con la consiguiente ineficacia de la actividad procesal realizada sin atender ese requisito, por no efectuarse ajustándose a la pura literalidad del precepto y por considerar exigible legalmente lo que es inútil o inadecuado y vulnerar así el derecho a la tutela judicial efectiva.

Para determinar si un formalismo respeta la tutela judicial efectiva o por el contrario, atenta contra ella debe, en primer lugar, razonarse si el requisito procesal incumplido o defectuosamente observado responde a una finalidad justificada, de ser así, en segundo lugar debe examinarse si la aplicación judicial ha ponderado debidamente las circunstancias concurrentes, especialmente, el efecto que la conducta de la parte ha tenido en relación con la finalidad del requisito y el grado de buena fe y diligencia que haya observado y tener siempre presente que lo decisivo no es la forma concreta en que se ha cumplido el mismo, sino la satisfacción de la finalidad que motivó la exigencia legal.

La regla esencial para saber si se está en presencia de un formalismo justificado, es preguntarse ¿La forma en este proceso o en este sistema procesal está al servicio de la justicia o se sacrifica la justicia en algún caso en obsequio de la forma? ¿Juega la falta de presupuestos procesales como simples motivos retardatorios en la obtención de la justicia, o como medios para conseguirla?

III. Técnicas judiciales no formalistas.

Se denominan así aquellos medios en virtud de los cuales la jurisprudencia y la legislación han tratado de superar el formalismo contrario a la tutela judicial efectiva. Son tres las medidas concretas o principios que han sido identificados y aplicados, a saber: a) de interpretación más favorable o de favorecimiento de la acción (mejor conocido como pro actione); b) de subsanación de defectos procesales; y, c) de conservación de las actuaciones procesales.

a) Principio de interpretación más favorable o de favorecimiento de la acción (mejor conocido como pro actione).

En aplicación de este principio, los órganos judiciales están obligados a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, al evitar la imposición de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, así como el convertir cualquier irregularidad formal en obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y la obtención de una resolución de fondo.

En otras palabras, los juzgadores deben realizar la interpretación más eficaz, a fin de garantizar una tutela judicial efectiva, esto es, resolver los conflictos de manera integral y completa, sin obstáculos o dilaciones innecesarias, formalismos o interpretaciones no razonables, que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo.

Se trata de un principio inspirado en el artículo 17 de la Constitución Federal, que impone una especial atención por parte de los tribunales, a una posible manifestación implícita o indirecta del justiciable, o a una falta de técnica procesal disculpable que no obste a entender lo que se pretende.

La motivación del órgano jurisdiccional, para apartarse de la literalidad de la norma que establece el requisito formal que se considera contrario a la tutela judicial efectiva, necesariamente deberá indicar que la medida es proporcional y

razonable en atención a las circunstancias concurrentes, que el interesado actuó con diligencia y buena fe y que la medida no ocasiona a la parte contraria una restricción a sus garantías procesales.

b) *Principio de subsanación de defectos procesales.*

La subsanación es una actividad que acontece dentro del proceso y consiste en que el sujeto procesal repita totalmente el acto, ya sin defectos o cumpla con el requisito omitido mediante otro rectificativo que unido al acto defectuoso lo haga perfecto, para lo cual la ley procesal dispone la concesión de un plazo.

El grado de imperfección de los actos procesales puede ser diferente (actos nulos, anulables, irregulares, erróneos o incompletos) pues depende del tipo de requisito omitido, por lo que sus consecuencias jurídicas también serán diferentes.

En virtud de esta casuística, que torna imposible que en sede legislativa se establezcan los distintos vicios en que pudieran incurrir las partes, corresponde a los órganos jurisdiccionales su apreciación conforme al principio de proporcionalidad que impone un distinto tratamiento a los diversos grados de defectuosidad de los actos, los que también deberán, como se indicó, atender a las circunstancias concurrentes del caso, a la trascendencia práctica e incluso a la voluntad del autor, todo ello, a la luz de criterios interpretativos favorables a una tutela judicial efectiva ...

Incluso, puede hablarse de una subsanación de oficio, esto es, realizada por el propio órgano jurisdiccional cuando sea necesaria para preservar el derecho fundamental en cita, que se traduce en la obligación de suplir los defectos advertidos, con la única limitante de no afectar las garantías procesales de la parte contraria ...

es importante señalar que la Suprema Corte de Justicia ha sustentado reiteradamente la máxima que reza "da mihi factum, dabo tibi jus", según la cual, para que un Juez se avoque al conocimiento de una causa del orden civil, no es necesario que quien ejerza la acción para poner en movimiento al órgano jurisdiccional, plantee su petición mediante el uso de fórmulas solemnes, ... sino que es suficiente con que formule claramente el alcance de su petición, basándose en los hechos que constituyan la causa de pedir ...

En aras de que los gobernados puedan acceder a una tutela judicial efectiva en la que puedan hacer valer sus derechos sin rigorismos ni formalismos que resultan entorpecedores de la justicia y en cambio, se propone acatar lo dispuesto en los artículos 17 constitucional y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el "Pacto de San José de Costa Rica" de la que México forma parte así como los principios pro actione (derecho a ser oído por un Juez), iuranovit curia (el Juez conoce el derecho) y effectutile (principio de efectividad), lo cual se logra a través de la implementación de prácticas judiciales que resulten pertinentes y necesarias para cumplir con los aludidos principios.¹¹⁶

¹¹⁶ Extractos de la ejecutoria correspondiente al Amparo Directo 412/2012 de fecha 21 de junio de 2012 votada por unanimidad por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en el Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2, página 1164 con número de registro 24139, consultada el 19 de octubre del 2016 en la página de internet: <http://200.38.163.178/sj/sjst/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24139&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2002388>

Como se observa en la anterior transcripción, el juzgador pretende resolver el problema de que se presente en diversos valores en el derecho, como la seguridad jurídica y la justicia, y se trasladara a principios en el derecho y a reglas específicas como son los requisitos procesales; así para resolverlo utiliza un punto de vista reflexivo analizando lo que es el formalismo y lo que el requisito procesal puede tornarse un formalismo que no cumple su finalidad, es decir, la relación que hay en el medio utilizado y el fin que se busca proteger, por medio de argumentos señala que si los medios que se utilizan no cumplen su finalidad, estos medios no tienen razón de ser, pues afectarían derechos, como el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

3.1.3. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta obligatoria por ser el intérprete *ad hoc* y aceptado por el Estado mexicano, por lo cual sus determinaciones resultan vinculantes para los juzgadores de dicho país, incluso los criterios jurisprudenciales que hayan emitido en asuntos donde participa un Estado diferente al mexicano pues así se desprende del principio *pro persona* del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹¹⁷

La Corte ha establecido la *supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la*

¹¹⁷ Confróntese con la jurisprudencia cuyo rubro dice: *JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA*. Consultado el 15 de mayo del 2017 en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e11fd8f8fcd&Apndice=11f0fffcfcd&Expresion=jurisprudencia%2520de%2520la%2520corte%2520interamericana&Dominio=Rubro.Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=55&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&index=1&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2006225&Hit=28&IDs=2008501,2007981,2007426,2007189,2007048,2006647,2006497,2006225,2006237,2005731,2005657,2005057,2004860,2004056,2003539,2003695,2003341,2003276,2003156,2003004&tipoTesis=&Seminario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, que si las leyes a pesar de cumplir el proceso legislativo para crear normas dentro del Estado mexicano, éstas llegan a violentar algún derecho o garantía establecido en la Convención se debe buscar la forma de cesar esa violación, que de lo contrario implicaría un formalismo jurídico, es decir, aplicación de una norma solo por el simple hecho de ser ley vigente aun estando en contra de la Convención. En el mismo sentido señala que se debe tener una efectividad en el cumplimiento de lo establecido en la Convención, lo que significa que los dispositivos de éste ordenamiento se apliquen en el Estado y no solo se tenga como un ideal a alcanzar.¹¹⁸

En diversas sentencias la Corte Interamericana recalco la obligación por parte de los juzgadores de *no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo*, es decir, buscar que la justicia y el debido proceso estén en un plano mayor por encima de los formalismos cuando estos se encuentren en conflicto, lo que implicara una disminución a la seguridad jurídica en harás de proteger la justicia, de lo contrario se dejaría a la justicia en segundo plano de la aplicación estricta del proceso sin importar lo irrazonable que llegue a parecer por ir en contra de su principal fin que es la justicia, dicho formalismo debe ser advertido por el juzgador y de oficio en su obligación de proteger los derechos humanos y prevenir los mismos, debe dejar la aplicación de las reglas que vallan en contra de su fin.¹¹⁹

¹¹⁸ Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de mayo de 1999, pag. 64, párrafo 207., consultado el 26 de febrero del 2016 en la pagina de internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

¹¹⁹ Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafo 211.; Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrafo 235.; Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013, párrafo 156.; Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. párrafo 99.; Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de agosto de 2014 párrafo 218.; dichas sentencias consultadas en la pagina oficial del Buscador Jurídico de Derechos Humanos del Sistema Interamericano el 18 de octubre del 2016 en la pagina de internet: <http://www.bjdh.org.mx/interamericano/busqueda#>

Así mismo determino que el derecho a la tutela judicial efectiva implica a los juzgadores con sus facultades de dirección procesal, en aras de prevenir violaciones a dicho derecho, evitar que existan obstáculos indebidos que lleven a la impunidad, frustrando la obligación de prevenir y proteger los derechos humanos, principalmente el de la tutela judicial efectiva.¹²⁰

3.2. Criterios Orientadores.

3.2.1. Leyes

El artículo 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano, establece que en sede jurisdiccional los juzgadores deben actuar siempre con equidad, sin dejar de aplicar la legalidad, esto significa, que si bien es cierto que se deberán apegar a la ley, pues así lo establece la legalidad, se debe buscar que esa legalidad no violente la igualdad, para lo cual se debe tomar acciones que eviten esa desigualdad, pudiendo consistir en la no aplicación estricta de la ley, es decir, no siendo formalista que dañe a las personas¹²¹, en el mismo sentido el Código Iberoamericano de Ética Judicial en su Capítulo V establece la justicia y equidad, viendo a la justicia como fin último.¹²²

Un ejemplo que pudiera tomarse para dejar del lado el formalismo interpretativo en las leyes, sería el de la Ley Federal Del Trabajo, que en su artículo 18 menciona que en la interpretación de las normas se tomarán en consideración las finalidades de los artículos 2º. y 3º. de la misma ley, es decir, en materia laboral siendo una área social debe prevalecer sus finalidades, lo que implica dejar del lado una interpretación literal del artículo cuando valla en contra

¹²⁰ Caso *Bulacio Vs. Argentina*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de septiembre de 2003, pág. 50, párrafo 115., consultado el 15 de mayo del 2017 en la página de internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

¹²¹ Consultado el 25 de junio del 2016 de la página de internet: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/estatutodeljueziberoamericano.pdf>

¹²² Consultado el 25 de junio del 2016 en la página de internet: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/CodigoEtico.pdf>

de la finalidades mencionadas; lo anterior debe provocar en el juzgador una actuación mas justiciera y no dedicarse simplemente a repetir literalmente lo mencionado en cada articulo, sino a contextualizarlo en el caso de aplicación y engranarlos con las finalidades.

La prevalencia del derecho sustancial sobre las formas se encuentra establecido en la Constitución Política de Colombia¹²³, este articulo ha dado paso a diversas resoluciones judiciales por la Corte Constitucional de la Republica de Colombia, en donde han elaborado una teoria llamada exceso ritual manifiesto, haciendo relación a la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas en ciertos casos, se da un tención entre la justicia y la seguridad juridica, buen ejemplo para que los legisladores y jueces mexicanos lo tomen en cuenta, además de conjuntarlo con la interpretación conforme y el principio pro persona.

El Código Civil Chileno¹²⁴ se expresa un claro formalismo, es decir, se pide interpretar literalmente la ley cuando es clara, el problema radicara en los argumentos que de el juez para demostrar que la norma es clara u oscura, no obstante se demuestra que se demuestra una desconfianza hacia el juez de

¹²³ Artículo 228.- Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Consultado el 22 de abril del 2017, Constitución colombiana actualizada al 2015, puede ser consultada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%20202015.pdf>

¹²⁴ Se transcribe los articulos para dar contexto y evitar a causa de reformas una idea incongruente: 4. Interpretación de la ley Art. 19. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento. Art. 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. Art. 21. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les dan los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso. Art. 22. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. Art. 23. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes. Art. 24. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Consultado el 23 de abril del 2017 en la pagina http://pra-cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf

dotarle de libertad para corregir la norma que crea injusta al caso en concreto, para evitar así la arbitrariedad, si bien es cierto que se da espacio para interpretar conforme a la intención o espíritu, estos solo se producen en casos especiales no abiertos a la voluntad del juez sino a la estructura semántica de la ley. Es un texto que deberían de tomar en cuenta los legisladores mexicanos para introducirlos no de manera literal, pero si unas reglas de cómo interpretar las mismas reglas y evitar contradicciones entre las decisiones de los tribunales.

3.2.2. Tesis aisladas de México

En una tesis aislada se observa que la a un Tribunal Colegiado llega un asunto donde existe una laguna, en razón de que la ley omite resolver expresamente su asunto, por lo cual el juzgador tiene discrecionalidad para decidir de dos formas totalmente diferentes si se atiende únicamente a la ley y siendo formalista, es decir, apegarse a la ley, pero el juzgado va mas haya y utiliza la *finalidad perseguida por el legislador ordinario*, lo que significa que dentro del Diario de Debates correspondiente a la creación de la ley en cuestión se tomo la razón subyacente a la regla para resolver la laguna jurídica y por consecuencia el asunto a resolver, vemos pues que en dicho problema jurídico se utilizan las razones subyacentes a las reglas para poder subsumirlos con los hechos en cuestión y no solamente los hechos con la ley.¹²⁵

Dentro de una tesis aislada en donde se ventilo un juicio de divorcio incausado en donde se demanda como acción en el juicio principal y se reconviene por alimentos, el Tribunal Colegiado que resuelve, concluye que el derecho humano del interés superior del menor no es un motivo para cambiar

¹²⁵ Tesis Aislada sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, publicada en el Tomo II, Segunda Parte-1, Julio-Diciembre de 1998 en la página 137 en materia Común, consultada el 19 de octubre del 2016 en la página de internet: http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfd18fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=diario%2520de%2520debates%2520finalidad&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=0&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=5&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=229868&Hit=2&IDs=198538,229868,377083,335970,910906&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

por si solo la competencia por razón de territorio, es decir, en el juicio de divorcio es competente el del ultimo domicilio conyugal, mientras que en el juicios de alimentos será el de los acreedores, y cuando estos sean diferentes, se debe atender a las circunstancias del caso para establecer si ventilar el juicio dentro de la competencia del órgano judicial diferente al de los acreedores alimentarios les genera un perjuicio y no solo determinar de antemano que se debe ventilar en el domicilio jurisdiccional de los menores por el derecho humano del interés superior del menor, pues ya existen reglas establecidas de antemano y para fijar una excepción *ex post facto* deberán haber argumentos que justifiquen su creación; por lo cual el juzgador en el presente caso concluye que: *no puede establecerse una regla general ni una excepción específica para efectos de determinar la posibilidad de modificar las reglas ordinarias de competencia, pues deberá atenderse a las circunstancias del caso concreto*¹²⁶.

Se observa pues en la anterior tesis un particularismo jurídico, en donde las reglas no deben ser razones concluyentes, o son concluyentes *prima facie*, se deja de lado el análisis de las reglas de manera generalista, es decir, sin tomar en cuenta particularidades del caso que tomando en cuenta diversos factores se pueden encontrar excepciones a las reglas no previstas de antemano, esta tesis fue contrastada con otra¹²⁷ creada por el mismo Tribunal Colegiado anteriormente, que decía debía atenderse el domicilio del acreedor

¹²⁶ Tesis Aislada sustentada por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, publicada en el Tomo IV, Enero 2016 en la pagina 3175 en materia Constitucional, Civil, consultada el 4 de abril del 2016, cuyo rubro dice: *COMPETENCIA POR TERRITORIO EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO INCAUSADO Y ALIMENTOS. NO DEBE ESTABLECERSE UNA REGLA GENERAL NI UNA EXCEPCIÓN ESPECÍFICA PARA DETERMINAR LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR LAS REGLAS ORDINARIAS DE AQUÉLLA, PUES TIENE QUE ATENDERSE A LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO CONCRETO. A FIN DE ESTABLECER CUÁNDO PROCÉDE, EN VIRTUD DE QUE PUEDE VULNERARSE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR [MODIFICACIÓN DE LA TESIS 1.1fo.C.4 C (10a.)]*

¹²⁷ Tesis Aislada sustentada por el Decimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, publicada en el Tomo 2, Agosto 2012 en la pagina 1668 en materia Civil, cuyo rubro dice: *COMPETENCIA EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO INCAUSADO Y ALIMENTOS ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y AL PRINCIPIO PRO HOMINE EN EL EXAMEN DE LOS DERECHOS HUMANOS, DEBE PREVALECEER LA REGLA DE COMPETENCIA ESPECIAL A FAVOR DEL ACTOR O ACREEDOR ALIMENTARIO, SOBRE LA GENÉRICA QUE ATIENDE AL DOMICILIO CONYUGAL DE LOS DIVORCIANTES* consultada el 4 de abril del 2017

alimentario determinando de antemano y sin conocer las circunstancias del caso, pues como ya se menciona, la finalidad es proteger los derechos del menor y si en el caso no se ven afectados cuando se ventila un juicio en domicilio diverso a donde radican, no hay razón para modificar la competencia.

Dentro de la tesis aislada que lleva por rubro:

*TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL LEGISLADOR NO DEBE ESTABLECER NORMAS QUE, POR SU RIGORISMO O FORMALISMO EXCESIVO, REVELEN UNA DESPROPORCIÓN ENTRE LOS FINES DE LAS FORMALIDADES Y LOS REQUISITOS PREVISTOS EN LA LEY PARA PRESERVAR LA CORRECTA Y FUNCIONAL ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.*¹²⁸

Se observa pues, que se desprende un derecho, que se conoce como la tutela judicial efectiva; para entender este derecho fundamental, primero hay que desentrañar su significado palabra por palabra; se entiende en términos simples que la tutela implica protección, la palabra judicial implica entre otras cosas al juicio, administración de justicia y por ende a los juzgadores, de esta palabras se observa que la protección estará a cargo del poder judicial, la diferencia la hace el calificativo que se agrega, es decir, no obstante que se infiere de buena fe que la protección judicial debe ser de calidad, se utiliza la palabra "efectiva" para dar énfasis de la misma, esta implica obtener lo que se busca de la mejor manera posibles, es decir, se infiere que la protección judicial de los derechos puede hacerse de diversas maneras, pero se debe preferir aquella que sea de la forma menos complicada para quienes tienen o quieren acceder a la justicia, el juzgador debe tener esa capacidad de advertir dentro del juicio las diferentes vías para llegar a la finalidad, incluso dejando de lado la aplicación directa o literal de las reglas de las leyes para proteger otros derechos.

El formalismo, aquel que es cumplido por los juzgadores por motivo de aplicar la ley no será efectiva cuando sea un formalismo que valla en contra de

¹²⁸ Tesis Aislada sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de justicia de la Nación, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, en el Tomo I, Libro 9, Agosto de 2014, en la pagina 535 en materia Constitucional, con número de tesis 2007062, consultada el 17 de abril del 2017.

sus fines, es decir la protección de los derechos de las personas que buscan proteger los jueces debe ser una concordancia con el sistema jurídico positivo y no solo con aquel que literalmente aplique al caso.

3.2.3. Precedentes de otros países

Al analizar diferentes sentencias, se observa que dentro de la *ratio decidendi* el sentido de tribunales constitucionales ha sido el siguiente:

Del Tribunal Constitucional de España:

Dentro de la Sentencia dictada el 18 de mayo de 1983 bajo número de expediente 40, en el punto 2 del apartado de Fundamentos jurídicos,¹²⁹ se expresa que las formalidades son de orden público, por lo cual si el legislador no determino expresamente que deben cumplirse cabalmente sin excepción, no pueden establecerse como obstáculos para continuar el proceso o recursos, pues en todo caso se debería *subsanar* el error y así continuar con el proceso, pues de lo contrario se violara el 24 de la Constitución española de 1978 que hace referencia a la tutela judicial *efectiva*; se deduce pues, que la única forma de limitar el acceso a la justicia, sea continuar con el proceso o acceso a algún recurso, sería que los requisitos formales que se hayan incumplido no sea subsanables, o que siéndolos, no se hayan subsanado.

Dentro de la Sentencia dictada el 8 de octubre de 1985 bajo número de expediente 110, en el párrafo tercero del apartado c) del punto uno de *Antecedentes* y en el párrafo tercero del punto 4 del apartado de *Fundamentos jurídicos*, señala que no se puede negar el recurso judicial por un formalismo, es decir, pues no se hizo una interpretación extensiva en beneficio a la persona, sino al contrario, en el sentido que perjudico a la persona, o sea, no se realizo

¹²⁹ Sentencia 40/1983 dictada el 18 de mayo de 1983 por el Tribunal Constitucional de España, consultado el 22 de febrero del 2016, de la pagina de internet: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/168>

una interpretación restringida pues se trataba de causas de inadmisión, si bien es cierto que se pueden establecer requisitos procesales para la admisión de recursos, estos no pueden ir en contra del contenido sustancial del Derecho español, en su caso del recurso se rechaza por errores formales al momento de presentar el recurso, pero no todos los errores formales debe implicar desechar el recurso, además las formas del proceso deben atener a las finalidades subyacentes a las reglas y que deben tenerse en cuenta, es decir, no debe hacerse una aplicación e interpretación de las reglas sin tomar en cuenta la justificación que dio motivo a la regla, pues de lo contrario podría convertirse en un *exceso formalista*, *formalismos enervantes* o interpretación literal pueden ir en contra de la finalidad que esas reglas buscan, como consecuencia violentaria el derecho a la tutela judicial efectiva. En el mismo sentido señala que en base a la discrecionalidad del juzgador debe analizar la gravedad del incumplimiento de los requisitos formales y si estos pueden subsanarse, es decir, una omisión de requisitos formales de manera grave no entra dentro del supuesto de la tutela judicial efectiva para que este se subsane o se convalide, esto únicamente pasara en una pequeña irregularidad procesal.

Dentro de la sentencia dictada el 27 de enero 1992 con número de expediente 12, en la cual se observa que se analiza si un requisito procesal se considera un formalismo injustificado y por consecuencia contrario a la tutela judicial efectiva o por el contrario el formalismo que presenta el requisito procesal cumple con su finalidad y por ende acorde a la tutela judicial; por lo tanto los elementos utilizados para determinar si el formalismo es justificado o no dependerá de su concordancia con la finalidad que la norma persigue al establecer el requisito procesal y en el cual deberán tomarse las circunstancias previstas al caso en concreto, además de que incluso se puede llegar a cumplir la finalidad sin cumplir la forma establecida y la legitimidad de este cumplimiento dependerá de la medida de la afectación o no de los derechos.¹³⁰

¹³⁰ Sentencia 12/1992 dictada el 27 de mayo de 1992 por el Tribunal Constitucional de España, consultado el 22 de febrero del 2016, de la página de internet

Se deduce que el Tribunal Constitucional Español no entiende al formalismo de manera peyorativa, sino que lo ve necesario, pero es consciente que se puede caer en un exceso.¹³¹

Del Supremo Tribunal Federal de Brasil.¹³²

Dicho Tribunal no aplicó una regla del Código Penal, en razón de que si bien es cierto la conducta se adecuaba a la regla, circunstancias particulares no previstas por la norma dejaban fuera de aplicación por no estar de acuerdo con su finalidad y por lo tanto superada por las razones particulares del caso:

"La norma construida a partir del art. 224 del Código Penal, al prever el delito de estrupro, establece una presunción incondicional de violencia en el caso de que la víctima sea menor de 14 años. Si se mantiene una relación sexual con menor de 14 años, entonces debe presumirse violencia por parte del autor. La norma no prevé ninguna excepción. La refrenda norma, dentro del modelo clasificatorio aquí examinado, sería una regla y, como tal fundadora de una obligación absoluta: si la víctima es menor de 14 años, y la regla es válida, debe aceptarse el estrupro con presunta violencia. Pese a ello, el Supremo Tribunal Federal, al juzgar un caso en el que la víctima tenía 12 años, atribuyó tamaño relevancia a circunstancias particulares no previstas por la norma, como la aquiescencia de la víctima o la apariencia física y mental de persona de más edad, por lo que terminó entendiendo, preliminarmente, que no se había configurado el tipo penal, a pesar de estar presentes los requisitos normativos expresos. Ello significa que la aplicación reveló que aquella obligación, considerada absoluta, fue superada por razones contrarias no previstas por esa u otra regla."¹³³

En el mismo sentido el Tribunal inaplica una regla en razón de ser contrario a su finalidad:

"La norma construida a partir del inciso II del art. 37 de la Constitución Federal establece que la investidura de cargo o empleo público depende de que

¹³¹ Sentencia 142/1985, dictada el 23 de octubre de 1985 por el Tribunal Constitucional de España consultado el 22 de febrero del 2016 en la página de internet <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/Resolucion/Show/522>

¹³² Resoluciones tomadas directamente del libro en razón de que el idioma del Tribunal es el Portugués y por su difícil traducción es que se transcribe lo explicado por el autor: Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, editorial Marcial Pons, Madrid, España, colección de Filosofía y derecho, traducción de Laura Criado Sánchez

¹³³ Datos de localización del caso: STF, 2.ª Turma, HC 73.662-9-MG, rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.5.1996, DJU 20/9 1996, P. 34.535

previamente se hayan superado los exámenes de una oposición pública o de superar exámenes y estar en posesión de determinados títulos. Si se admite a un funcionario público entonces esa investidura deberá estar precedida de una oposición pública; en caso contrario, esa investidura deberá declararse inválida. Además, de acuerdo con la ley, el responsable de la contratación habría practicado un acto de corrupción administrativa, del que se derivan varias consecuencias, entre ellas la interposición de la oportuna acción penal. Pese a ello, el Supremo Tribunal Federal no aplicó la oportuna acción cuando juzgó un caso en el que interpuso denuncia contra la alcaldía de un municipio porque, en el ejercicio de la jefatura del Poder Ejecutivo municipal y sin que mediara oposición pública, contrató a un ciudadano para que prestara servicios como barrendero durante un periodo de nueve meses. En el juicio de habeas corpus se consideró que de ese caso aislado no se había derivado ningún perjuicio para el municipio. Además, se consideró contrario al orden natural de las cosas y, por consiguiente, al principio de razonabilidad, exigir la realización de oposición pública para un único ingreso para ejercer una actividad de menor jerarquía"¹³⁴

En este caso, no se aplicó la consecuencia de invalidez del puesto de funcionario público porque no se oponía a la promoción del fin que la justifica (protección del patrimonio público), es decir, la razón subyacente a la regla buscaba proteger el patrimonio público, con lo cual contratando a un ciudadano como barrendero aun sin oposición pública no se desprotegió; por el contrario una interpretación formalista del juzgador consistiría en aplicar la norma declarando la invalidez de la contratación del funcionario público sin importar que no abone a realización de su finalidad pues es clara la norma al mencionar textualmente su hipótesis.

Del Tribunal de Colombia:

De tan solo poner en el apartado para búsqueda de jurisprudencia llamada en Colombia "acción de tutela" por temas en a pagina de la Corte Constitucional, la frase "exceso ritual manifiesto" arroja 65 resultados, es decir, precedentes que en su título aparece dicha frase, lo que demuestra un amplio estudio en el tema por parte jurisdiccional, relacionado con el artículo 228 de la

¹³⁴ Datos de localización del caso SFT, 2.º Turma, HC 77.003-4-PE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.6.1998, DJU 11.9.1.1998, p. 5.

Constitución Colombiana.¹³⁵ La misma Corte Constitucional en su facultad de interpretación de artículo mencionado estableció que el proceso es el medio para la aplicación de los derechos en razón de ser instrumentales¹³⁶, vemos pues que los jueces dotaron de sentido a la Constitución pues esta determinaba de manera ambigua.

Dentro de las acciones de tutela que resuelven casos por exceso ritual manifiesto, se encuentra un problema de colisión de principios como el de seguridad jurídica consistente en las formas procesales y la justicia traducida en el derecho sustancial; se establece dentro de estas que las reglas procesales no pueden ser usadas como obstáculo para llegar al fin del derecho sustancial, cabe aclarar que se hace hincapié que no se trata de dejar de observar las reglas procesales, sino que dentro de los casos concretos las finalidades que se buscan cumplir con las reglas procesales puede cumplirse de diferente forma sin aplicar de manera literal el texto jurídico, se resalta que el derecho procesal no es el fin sino un medio para llegar a ese fin, el cual siempre debe tenerse en cuenta, dentro de las mismas acciones de tutela la a establecido elementos que hacen incurrir en el exceso ritual manifiesto que son los siguientes:

*"Que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela;
Que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales;
Que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; y
Que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales."¹³⁷*

La jurisprudencia que se ha creado de la Corte colombiana sobre el "exceso ritual manifiesto" tuvo su primer postura en la sentencia T-1306 DE

¹³⁵ Consultado el 22 de abril del 2017 en la página de la Corte Constitucional Colombiana: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos=%25&sql=exceso+ritual+manifiesto&campo=%2F&pg=0&vs=0>

¹³⁶ Consultado el 22 de abril del 2017 en la página de la Corte Constitucional Colombiana: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-029-95.htm>

¹³⁷ Acción de Tutela punto 16 dentro del apartado de Consideraciones de la Corte Constitucional

2001¹³⁸, esta a su vez base en una sentencia de la Corte Suprema de la Nación de la Nación Argentina, en donde en 1957 en el caso "Colalillo", en donde se aplica el derecho procesal de forma ritual renunciando a la verdad jurídica objetiva, es decir, se debe dejar de lado el estricto derecho que se asienta en la seguridad jurídica para pasar a un posible valor mas valioso, la verdad jurídica objetiva, debe tenerse en cuenta que dentro de dicha sentencia se establece la diferencia entre negligencia procesal sancionable a las partes y la que no lo es, lo que significa que cuando no es sancionable a las partes, debe de buscarse la verdad objetiva de juicio.

4. CAPITULO IV

NUEVO PARADIGMA DEL FORMALISMO JURÍDICO EN EL PROCESO CIVIL DE NAYARIT.

4.1 Proceso

Definido por la Real Academia Española como la "acción de ir hacia delante, transcurso del tiempo y conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial"¹³⁹, en tratándose de la materia de derecho, se entendería como los actos y tramites realizados ante un juzgado dirigidos a la realización de un fin determinado; así pues el proceso será siempre la misma definición, lo que cambiara serán las reglas que lo integran y me refiero a todo tipo reglas, desde las morales no escritas, hasta las reglas positivizadas en los códigos.

Se observa en el capítulo segundo de la presente investigación, que la esencia del proceso siempre esta presente durante toda la historia de la humanidad y surge a consecuencia por la necesidad de organizar a la sociedad

¹³⁸ Puede ser consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/T-1306-01.htm>

¹³⁹ Consultado en la pagina oficial de la Real Academia Española el 7 de mayo del 2017: <http://dle.rae.es/?id=UFbxsxz>

de la mejor forma posible y hacer justicia; entonces debemos tener en cuenta puntos importantes en todo proceso jurisdiccional, "la organización y la justicia", dos elementos que pueden o no coexistir, que se pueden traducir de diferentes maneras, la organización se dice que serán esas reglas que determinen el juego y que deben seguirse, mientras que la justicia será aquella representación de las vivencias de las personas que consideren cosas malas, lo que se traduce en una diversidad de postulados de injusticias, se contemplara una justicia para cada moral de la persona o personas; esta diversidad de concepciones da pie a la necesidad de generar un estándar de justicia para tratar de reducir conflictos por estar inconforme con la solución.

El modelo de justicia debe ser planteado de ante mano con la finalidad de evitar injusticia a consecuencia de capricho de alguna persona que se le haya conferido el poder de tomar la decisión, como los antiguos reyes que eran jueces y partes a la vez; por lo cual se realiza la codificación, establecer en libros las reglas a seguirse en un proceso, se atiende pues a universalizar las soluciones para cada caso, esto conlleva cierto riesgo de incluir hipótesis que no deberían estar previstas conforme a la finalidad que se busca regular, o por el contrario dejar de fuera casos que conforme a la razón subyacente de la regla debería estar incluido; es un riesgo que se toma al querer tener seguridad jurídica.

Debemos continuar con saber como debe ser un juicio, para lo cual nos apoyamos en lo que Francesco Carnelutti dice, el define al proceso como un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consistente en la colaboración a tal fin de las personas interesadas con una o más personas desinteresadas¹⁴⁰, también lo define como un método para juzgar a los hombres¹⁴¹, dentro del cual su finalidad es dar razón

¹⁴⁰ Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Volumen I, Europa - América, 5ª edición, Buenos Aires Argentina 1973, pp. 21 y 22.

¹⁴¹ Carnelutti, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, Volumen 4, Oxford, México, 2001, p. 12.

a quien la tenga, no es un interés de las partes, sino de la sociedad entera. Por lo tanto, no es el proceso quien sirve a las partes, sino las partes al proceso¹⁴².

Se entiende pues, que el proceso es público, porque la sociedad busca que se cumplan con las formalidades, lo que pudiera o no ser público, serian los bienes jurídicos que se buscan proteger, por ejemplo un contrato de arrendamiento, pero se debe diferenciar esto dentro del proceso civil, con los bienes y derechos que se protejan en el proceso civil, es decir, si bien es cierto que rige el principio de estricto derecho, este debe ser superado cuando este en juego un derecho humano, como el derecho a la vivienda, el derecho a la propiedad.

El proceso es el conjunto de actos ordenados y predeterminados por las reglas; dentro del proceso pueden participar una persona o varias con algún o algunos intereses, Carnelutti¹⁴³ dice que, el proceso debe estar integrado por ciertas etapas y elementos; las etapas consisten en la introducción, la contradicción, la instrucción, el debate y la decisión que se complementa con la ejecución; los elementos son: las partes y las pruebas; lo anterior será explicado de forma breve a continuación:

- A) La introducción: La apertura del proceso es una introducción en el sentido de que alguien llama a la puerta del juez y le pide justicia, y el juez lo introduce cerca de sí.
- B) La contradicción: La conveniencia de que las partes sean estimuladas a colaborar con el juez, suministrándole razones y pruebas, ayuda al juzgador a generar dudas y al mismo tiempo a aclararlas.
- C) La instrucción: No se puede pronunciar una condena penal contra alguien sin estar ciertos de su culpabilidad, pero es igualmente injusto también absolverlo sin la certeza de que no haya cometido el delito. En todo caso, en el

¹⁴² Carnelutti, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil*, Volumen 5, Oxford, 1ª edición, México 2001, p. 53.

¹⁴³ Para una explicación mas completa véase: Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, editorial Colofón, segunda reimpresión, 2013, México, D.F.

supuesto de incertidumbre, se corre el riesgo de cometer una injusticia. Son éstos los casos en que el proceso fracasa en su objeto.

Por lo anterior esta etapa consiste en hacerse llegar de pruebas, para acercarse a la verdad.

D) El debate: Se distingue la instrucción de la discusión o debate: la primera sirve para recoger las pruebas, y la segunda para elaborar razones, dentro de la cual entre mayor discusión, mayor probabilidades hay de acercarse a la verdad, debe ser una discusión mixta, esto es, oral y escrita y deben intervenir todas las partes (el o los juzgadores, el acusador y el acusado).

E) La decisión: Esta ultima etapa es la voluntad que por parte de o los juzgadores se toma con razones y fundada en todo el juicio.

Las reglas que pertenecen al proceso deben tener una finalidad, ya que sin estas, las formas no tendrían sentido, por lo cual es muy importante tener presente la finalidad que persigue cada norma que se aplica en el proceso, dicha finalidad debe ser justa y si al caso en concreto la regla no cumple con la finalidad, la regla no tiene razón de ser; en caso de no conocer que se busca proteger con la forma procesal, estas pueden resultar una aplicación rutinaria sin razón, por consecuencia caer en un formalismo exagerado, aquel que daña a la justicia y no tiene razón de ser; no se debe fundamental la aplicación de una norma para dar seguridad jurídica, pues si bien es cierto, que eso genera seguridad, la cognoscibilidad y previsibilidad dependerá en gran medida en la forma de aplicar esas reglas, es decir, se tiene certeza de la aplicación de la norma, pero ¿en que forma se aplica?

Por lo tanto, es claro que en los procesos debe existir seguridad jurídica y justicia, el problema se encuentra cuando la misma seguridad obstaculiza cierto grado de justicia, hablamos de "grado" pues existe diverso grado de injusticia, no es tan grave robar que matar a una persona, y esto depende de los bienes y derechos que se busque proteger con las medidas, no será lo mismo faltar un mes en el cumplimiento de un contrato de compraventa que faltar un mes a la

pensión alimenticia de una persona; en este sentido debe ponerse en la balanza la para cada caso en concreto: puede existir seguridad jurídica en el momento en que se establece en la ley que matar esta permitido por razones de racismo como en la época "Nazi", pero es claro la injusticia inmersa en las disposiciones normativas, es decir, se tiene seguridad de existir injusticia. este ejemplo extremo puede situarse en un grado menos injusto pero tan común como cualquier regla.

Esta necesidad de seguir las reglas se traduce en la garantía al debido proceso legal el cual debemos tener en cuenta que tiene límites es decir, debe de tener en cuenta los diversos principios, valores y derechos humanos en juego, para determinar hasta que grado deben seguirse la formalidades establecidas para cada procedimiento, lo que significa que, utilizar el debido proceso legal como instrumento para solicitar la aplicación de una regla que no cumple con su finalidad es algo injusto, pero no se ve así, cuando se habla de violación al debido proceso, nadie quiere ser parte de eso, pues parecería ser una persona amoral, alguien pues que no desea el bien humano; pero debemos tener en cuenta que en una jurisdicción donde todos y en cualquier momento se invoca el "debido proceso legal", "formalidades esenciales del proceso", entre otras similares, es necesario analizar su esencia y fin, para poder agregar otros elementos que lleven a su debida realización; de nada servirá pues hablar del debido proceso de manera repetitiva, en cualquier etapa del proceso si no tiene una razón de ser.

Ningún derecho es absoluto, ni siquiera la vida, y en el mismo sentido el derecho al debido proceso se dice que:

La garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio no es absoluta en cuanto a los medios, formas y plazos en que puede ser ejercida. Debe estar sujeta a una razonable reglamentación, porque si cada persona pudiera invocarla en juicio para alterar arbitrariamente las

*reglas procesales, conculcar las leyes, la moral, el orden público o el debido respeto a la magistratura judicial, se caería en la anarquía procesal y en la desnaturalización de aquella. La garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio cumple si los jueces se ciñen al objeto del litigio y a las pretensiones de las partes, asegurando la necesaria primacía de la verdad objetiva por sobre todo ritualismo irrazonable.*¹⁴⁴

La razonabilidad que se menciona dependerá a *posteriori* de las particularidades del caso, pues no podrá generarse una regla de razonabilidad para cada caso en razón de ser imposible para el legislador prever todo los supuestos.

4.2 Reglas y principios *prima facie*

Retomando la idea de que las reglas se aplican del modo todo o nada y los principios en diversos grados, podríamos decir que no hay necesidad de la investigación del presente tema, no hay problema que solucionar y por lo cual estaríamos truncados, pero el lector que vea a las normas de esta manera, encuentra en la presente investigación razones para reflexionar esa idea; las razones que se exponen no buscan ser concluyentes, buscan simplemente desde la lógica darles un punto de vista diferente, pasemos pues del "la ley esta para cumplirse" al "las reglas están para romperlas", parece algo ilógico, irracional, incoherente. ¿para que estudiar la carrera de derecho tantas leyes, si no las vamos a seguir? incluso desde nuestra educación desde muy temprana edad, nuestros padres nos han enseñado que las reglas deben cumplirse, si no las cumples, "estas mal", vas contra la corriente, e ir contra la corriente es ser anormal, a nadie le gusta que lo señalen de anormal.

¹⁴⁴ Bertolino, Pedro Juan, *El exceso ritual manifiesto*, Platense, 2da edición reelaborada y actualizada, Argentina, 2003, pp. 84 y 85

Por lo anterior, demos paso a la filosofía del derecho procesal, hay que criticar lo que parezca más lógico, aquello que damos por cierto, en este sentido el proceso cuenta con normas que se dividirán en reglas cuando la hipótesis normativa encuadra con el caso en cuestión, mientras que el principio significa que no hay una hipótesis definida que aplique como traje a la medida del caso en cuestión, sino que de manera general tiene relación y que de manera imperativa se pide realizar o no una finalidad, lo que nos conduce a la realización lo mejor posible; así se observó en el capítulo primero de la presente investigación que los autores hablan del peligro por dejar seguir las reglas, pero no hablan del peligro de seguir las razones subyacentes a las reglas.

Lo anterior tendrá sentido *prima facie*, es decir, a primera vista; un ejemplo servirá para entenderlo: los problemas presentados ante los juzgadores, son como las tallas de las ropas, el problema es la persona, puede ser hombre o mujer, y la talla es la norma jurídica que puede ser regla o principio, la persona busca una talla para que le quede a la medida de su cuerpo, la persona solicita una prenda de cierta talla el juzgador de manera matemática le da la talla necesitada, pero sin darse cuenta que no cumple con la finalidad, es decir, la persona que llegó a preguntar por la talla que le dieron fue una mujer y la prenda es para hombre, si bien es cierto que la talla es la correcta y embona bien en su, pero la prenda es para un hombre, pues en este sentido resultan la aplicación de reglas, al parecer encuadran correctamente, pero no nos damos cuenta la relación en la finalidad de la norma y el caso o problema a resolver.

Encontramos pues un problema fundamental, que es la justificación racional de seguir la regla; por lo cual entrar a resolver la cuestión que a primera vista parece ya haber sido revisado por los legisladores parecer ser una cuestión de invasión de esferas por parte del poder judicial, y entraríamos al tema de división de poderes, lo juzgadores no deben crear leyes, pues no son órganos elegidos democráticamente, pero el debate no se debe dirigir por esa línea, sino que debemos mencionar que si el caso o problema presentado ante el órgano

jurisdiccional no ha sido revisado por el legislador, el juzgador debería entrar a resolverlo sin que implique crear una nueva norma, sino que deberá basarse en las ya existentes y sus razones subyacentes fuentes de toda norma, es decir excepciones no explícitas a la regla sin rechazar la regla misma, lo que significa tomar como base la regla en sentido amplio, no acudir simplemente a la literalidad de la ley, lo expresamente dicho, sino lo que está implícito, exactamente su finalidad.

Si el legislador ya revisó el problema en cuestión detallando su solución dentro de la norma establecida en forma de regla o principio, es innecesario que el juzgador revise de nuevo, pero debemos tomar en cuenta que son humanos los que crean las normas, es decir, no es omnisciente, por lo cual, pudieran presentarse casos no previstos, es ahí donde sí tendría y debería entrar el juzgador a resolver el caso en cuestión, esto pudiera dar pie a interpretar y regresar al pasado en tiempos de los reyes que juzgaban y creaban leyes, pero la realidad es que no tendrán derecho a crear nuevas leyes sobre los casos no previstos, sino que en base a las finalidades de las reglas deberá resolverse la aplicación o no de la regla, si se determina por la no aplicación de la regla en razón de que no concuerda con su finalidad, se encontrara con una laguna normativa que deberá ser resuelta por métodos de interpretación como la analogía u otros, y si se determina la aplicación de el problema en cuestión en razón de que el supuesto normativo dejaba fuera al caso en cuestión pero concuerda con la finalidad de la regla que *prima facie* dejaba fuera de su aplicación.

Lo anterior ha sido denominado como "derrotabilidad" de las reglas, lo que significa que dentro de las prescripciones ordenadas por las normas las razones que respaldan a la regla no se aplican al problema planteado que parece *prima facie* aplicable, o también que existan nuevas razones no consideradas que surgen a consecuencia del nuevo contexto, o sea, de las particularidades del caso, lo que significa que existen excepciones implícitas a las normas que no existen

explícitamente de antemano porque no fueron previstas por el legislador, excepciones no previstas *ex ante*; pero el juzgador no tiene la libertad injustificada de desaplicar una regla por otra, por eso se dice que a primera vista debe de tenerse como la aplicable, pero tomando en cuenta los diversos factores y justificándose en el mismo derecho, como otro principio, otra regla, o razones subyacentes de la misma regla puede aparecer excepciones que en principio no existían.

Es decir, lo anterior significa seguir el modelo lógico deductivo de subsunción, pero agregando una revisión mas completa, pasar de una aplicación formalista que solo ve la literalidad de la norma sin importar que cumpla o no su finalidad, a una aplicación particularista del derecho, es decir, que caso por caso debe revisarse si una norma al ser aplicada a un caso en concreto cumple con su finalidad que se busca proteger; un ejemplo se podría encontrar al querer introducir definiciones de cosas dentro de unas leyes, así definir dentro de un listado cosas relacionadas el ámbito de lo que la ley busca proteger, pudiendo caer al momento de definir incluir cosas que no se querían incluir o por el contrario, dejar cosas fuera de la definición que si se buscaban regular.

La seguridad jurídica que busca este modelo explicado es aquel que se basa en lo justo, así pues el derecho nos lleva a cierto formalismo en razón de que el derecho es forma una medida de seguridad, pero existe cierto formalismo que no cumple la finalidad de la forma (regla), es decir, no simplemente en aplicar las reglas para generar previsibilidad de que se aplicara la regla, sino que la regla que se aplicara corresponderá justamente porque es lo que se busca regular, si bien es cierto que el juzgador puede determinar que existe una excepción a la regla que en principio no existía, su justificación se basara en la finalidad de la misma regla que se puede encontrar en la exposición de motivos de las normas.

En este sentido Humberto Ávila¹⁴⁵, reflexiona sobre la seguridad jurídica y su relación del modo de aplicar la regla, las mismas reglas no enseñan la forma de aplicarse, depende de cuestiones de cómo aplicar el derecho desde el punto de vista formalista o particularistas dependiendo de las circunstancias del caso, es decir no existe mas seguridad existiendo mas reglas, sino depende de que las reglas preestablecidas sean razones definitivas que no estén abiertas a discusión por las razones generadas al momento de resolver el caso; en este sentido, desde la forma de aplicar las reglas particularista en donde las normas son consideradas pero que obligan absolutamente a una aplicación definitiva, sino que puede existir motivos para ser superadas.

No solo las reglas proporcionan seguridad jurídica, también los principios, en razón de que al interpretar reglas incompatibles o encontrando lagunas, los principios deben funcionar como normas unificadores entre problemas de interpretación, es decir, funcionar como guía de interpretación; por lo cual no serán la aplicación de los principios lo que lleve a la inseguridad del sistema por considerarlas normas indeterminadas, sino que lo será la aplicación sin criterio y de forma arbitraria.

4.3 Código de Procedimientos Civiles para el estado de Nayarit a la luz del formalismo

Desde noviembre de 2015, el Gobierno de la Republica mexicana, el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (IIJUNAM), convocaron a un cambio de ideas y propuestas con pluralidad de ideas, desde académicos, ciudadanos, funcionarios, pero principalmente fortaleciéndose en ideas de estudios realizados por académicos, por mas de 14 semanas, llamándolo "Diálogos por la Justicia Cotidiana", tocando temas diferentes a los asuntos penales, es decir, civil, laboral, mercantil y administrativo; dentro de las

¹⁴⁵ Ávila, Humberto, *Teoría de la... cit.*, pp. 510 y 514

propuestas se encuentran 2 que a interés en la presente investigación se exponen:

El primero¹⁴⁶ busca "reducir los formalismos en los juicios" en materia de "Resolución del Fondo del Conflicto" y el segundo¹⁴⁷ adiciona una fracción al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que el congreso federal pueda legislar un código único en materia procesal civil y familiar para el país de México; así el 28 de abril del año 2016 el ejecutivo federal presenta una iniciativa con proyecto de decreto, siendo aprobado el 28 de abril del 2017 por la Cámara de Diputados en su calidad de cámara revisora de la LXIII legislatura, lo que con dicho código único llevaría a la abrogación del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit, en dicho decreto en sus artículos transitorios se prevé el plazo de 180 días para se expedición a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, cabe mencionar que estas no han sido publicadas en dicho periódico, así pues, se pretende eliminar la incertidumbre generada por la forma diferente y a veces contradictoria de regular los procedimientos.

En el mismo sentido se aprueba un decreto en lo que interesa a la presente investigación se adiciona al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 17.

...

¹⁴⁶ Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Resolución de Fondo de Conflicto. Presentada por el Ejecutivo Federal, el 28 de abril de 2016. Puede ser consultada en el siguiente enlace: http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/JC_Iniciativa1_061216.pdf

¹⁴⁷ Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se adiciona una fracción al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia Procesal Civil y Familiar, presentada por el Ejecutivo Federal, el 28 de abril de 2016. Puede ser consultada en el siguiente enlace: http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/JC_Iniciativa2_061216.pdf

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales

En su exposición de motivos de dicho decreto se hace referencia a la administración de justicia del artículo 17 de la Constitución federal, de igual forma al derecho al recurso efectivo contemplado en el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos y al artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; es decir, están buscando resaltar que no se trata solo de tener un procedimiento con reglas y principios, sino que estos sean efectivos, en este sentido se menciona que "se confunde la aplicación de normas con la impartición de justicia.", se identificaron dos categorías de obstáculos de acceso a la justicia: "i) excesivas formalidades previstas en la legislación y ii) la inadecuada interpretación y aplicación de las normas por los operadores del sistema de justicia", así mismo, basándose en lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en diversos casos, señalan que además de establecer el recurso eficaz deberá ser vigilado por el estado que sea aplicado como se debe y señala que, los requisitos no cumplen con el derecho a la tutela judicial cuando no están acorde con "los fines que legítimamente puede perseguir el legislador", pues las mismas leyes se aplican "de forma tajante o irreflexiva, y no se valora si en la situación particular cabe una ponderación que permita favorecer la aplicación del derecho sustantivo por encima del derecho adjetivo para resolver la controversia" y la lista fundamentos sobre el cual se busca dejar de lado el formalismo sigue, demostrándose pues la necesidad de establecer una regla o principio al juzgador donde no debe solo aplicar la norma, sino que debe tomar en cuenta que no caiga en un formalismo.

No menos importante es lo señalado en la parte final del artículo transitorio que menciona que "se deberán adecuar las leyes generales, federales y de las entidades federativas a este Decreto", lo cual deja en claro que todo proceso jurisdiccional o no, deberá buscar que no se aplique el formalismo y no esta demás tener que pensar en un cambio importante de perspectiva de

aplicación de las normas de todos los operadores jurídicos, es decir, será necesario la promoción y capacitación de lo que implica "privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales" pues se puede caer en la arbitrariedad o esperar hasta que se genere un precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para tener un criterio uniforme.

¿Cuándo implica afectar el debido proceso? ¿todas las reglas y principios que se encuentran en un Código procesal son parte de un debido proceso?, del análisis de la jurisprudencia por reiteración que emite la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁴⁸, se deduce que el derecho al debido proceso no es absoluto, pues menciona que dentro de sus garantías que forman del debido proceso existe un "núcleo duro" que no puede dejarse de observar por ningún motivo, esto quiere decir, que de todas las garantías que forman el derecho humano al debido proceso hay algunas que por ninguna razón pueden dejarse de observar como son: "(i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas", lo que implica que todo lo demás establecido en el procedimiento no sea parte de estos elementos puede no aplicarse en base a razones de peso, es aquí donde pudiera aplicarse el proyecto de decreto para reformar el artículo 17 de la Constitución federal, donde menciona que se debe privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, en sentido contrario, no podrá aplicarse el privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos

¹⁴⁸ Tesis de jurisprudencia por reiteración emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación en el Libro 3, Febrero de 2014, en el Tomo I, Tesis. 1a./J. 11/2014 (10a.) con número de registro 2005716, cuyo rubro dice: "DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO." Puede ser consultado en el siguiente link: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?EpoCa=1e3e1fd0f8f8cfd&Apendice=1ffdfdfcfcff&Expresion=debido%2520proceso&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=157&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=3&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2005716&Hit=61&IDs=2005716,2005447,2005616,2005635,2005401,2005236,2005244,2005245,2004860,2004874,2004457,2004466,2003937,2003941,2004065,2003815,2003705,2003273,2003333,2003386&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

procedimentales cuando, los formalismos procedimentales, sean los mencionados por la sala como "núcleo duro" del debido proceso.

En otro orden de ideas es claro que cada día nos acercamos a un derecho globalizado, en este sentido, Nayarit esta inmerso en dicha globalización, para dar cuenta de ello, la reforma en materia de derechos humanos del Estado de México del 10 de Junio del 2011 en donde lo que nos interesa se reformo la Constitución federal, estableciendo la interpretación conforme a la Constitución de las leyes en tratándose de derechos humanos, la interpretación que mas favorezca a las personas, la obligación de los juzgadores tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, igualmente se estableció la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

En este mismo sentido el control difuso da la obligación a los juzgadores que de manera oficiosa revisen si el derecho humano al debido proceso es violentado, así se dice que el derecho humano al debido proceso implicara el seguir las formalidades establecidas en el procedimiento, es decir, las reglas y principios que se encuentren en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit, lo que genera una postura formalista al pensar que no cumplir con alguna de las formalidades (reglas y principios) del Código mencionado, se incurre en violación al debido proceso.

Ahora bien, la falta al cumplimiento de alguna regla procesal genera la violación al derecho humano mencionado, pero debemos tomar en cuenta los limites del derecho humano al debido proceso, pues no toda inaplicación de regla puede generar la violación, en un momento dado puede aplicarse la finalidad de la regla y no la misma regla literalmente; de nada sirve que los abogados litigantes se cuelguen de la palabra derechos humanos y debido proceso legal como si fuera una varita mágica para acceder a todas sus

peticiones, de nada sirve que en el mismo sentido el juzgador se ampare en la palabra "debido proceso legal" para reponer cualquier falla en el procedimiento, para negar cualquier petición de los litigantes por incumplimiento de alguna regla procesal.

Por lo anterior, implicara que el juzgador abra a la deliberación de las razones particulares del caso contrastándolas con la razón subyacente o finalidad para saber si aplica la regla o aplica directamente la finalidad, es decir, el juzgador solo podrá aplicar la finalidad de la regla, siempre y cuando el aplicar la literalidad de la regla implique no cumplir la finalidad; un ejemplo pudiera ser: en un local de comida se encuentra una regla que prohíbe la entrada a los perros, la razón subyacente o finalidad de esta es que busca la higiene y la tranquilidad de los clientes, entonces ¿que pasa? si a dicho lugar se presenta una persona con un animal distinto al perro, o si es perro pero entrenado bien limpio y es el guía de una persona invidente.

Todo esto tendrá lugar a reflexionar si debe seguirse una aplicación formalista aun y cuando no se cumpla con la finalidad de la regla, cabe aclarar que el formalismo no puede ser meramente identificado antes de la aplicación de las normas, es decir, no puede mencionarse en que normas se encuentra el formalismo, pues este es un fenómeno jurídico se presenta al momento de la aplicación del derecho.

Por otra parte, el grado de seguridad jurídica que se busca en un ordenamiento jurídico pudiera inclinar a una aplicación del derecho formalista, por lo cual se analiza el Código antes mencionado para extraer y reflexionar sobre las reglas que tiendan a generar una mayor o menor grado de seguridad:

Por su parte el artículo 2 del Código de Procedimientos Civiles menciona que "...Las normas procesales no están sujetas a convenio ni podrán alterarse, variarse o modificarse, salvo en los casos que establece este código." ¿Será que

significa que se deben seguir todas las etapas del procedimiento?, es decir, si dentro de un proceso, las partes están de acuerdo en que se turne el expediente para sentencia en razón de que no existen mas pruebas y todo esta concluido, de acuerdo a la regla debe de llevarse todas sus etapas, pero se puede contrastar con la finalidad del proceso, es decir, resolver las controversias allegándose de las pruebas, y si no existe pruebas se tendrá que resolver, turnándose el expediente para sentencia en razón de que llevar todas las etapas del procedimiento no contribuirá a la finalidad y en cambio violentara el principio a la economía procesal, mas no así al debido proceso, pues significa que no debe tomarse el debido proceso como capricho de ritualidad.

Mientras que el artículo tercero en la parte final menciona la "facultad de dirección" por parte del Juez en el proceso civil, lo que compaginara por lo ya mencionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴⁹, en un asunto penal, en donde se dice que los jueces como con facultades de dirección del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el juicio con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. Por lo tanto, si los juzgadores no evitan tales obstáculos implicara una violación al derecho internacional y nacional de acuerdo al artículo primero de la Constitución federal, del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de las partes a saber la verdad de lo sucedido.

Si bien es cierto que existe el principio dispositivo en el procedimiento civil, también es cierto que el mismo proceso implica la realización del derecho humano al debido proceso y la tutela judicial efectiva, lo que implicara conforme al artículo primero constitucional prevenir violación a los derechos humanos, lo que implicara dejar de lado la actuación pasiva del juzgador para pasar a un juez activo, en donde en aras de prevención, este atento al debido cumplimiento de

¹⁴⁹ Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas) párrafos 210 y 211; consultado en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

las normas procesales, independiente de la intromisión a los asuntos particulares que se ventilan.

La regla establecida en el artículo 261 en donde se menciona que "la cosa juzgada excluye la posibilidad de volver a tratar la cuestión ya resuelta por sentencia firme", y como se encuentra establecido en líneas atrás en el tema de "reglas y principios prima facie", se observa que toda regla puede tener excepciones no explícitas en la ley, así pues, la mencionada regla parece en primer término ser absoluta, norma que busca generar seguridad jurídica, es decir, su finalidad es un principio del derecho (seguridad jurídica), pero ¿que pasa? cuando en el ejercicio del principio se menoscaba otro derecho humano, por ejemplo, así se manifiesta en una tesis aislada¹⁵⁰ dentro de la cual, el ejercicio de la cosa juzgada llevaba consigo una afectación por medio de la usura al derecho humano a la propiedad, y por lo cual se concluyó que es una excepción a la cosa juzgada en dicho caso particular; cabe aclarar que lo que no implicara cosa juzgada será únicamente la parte de la sentencia que implique una violación al derecho humano, mientras que todo lo demás quedara intacto prevaleciendo la cosa juzgada en donde no se genere la afectación por usura.

En el artículo 83 del Código procesal civil, se determina una regla general respecto a los términos, es decir, a los plazos para ejercer el derecho, determinándose que se perderá el derecho a ejercer si no se hizo durante el plazo fijado con posterioridad al hecho, observándose que se establecen 3 días para la mayoría de los casos, pero pudiera darse el caso de acuerdo a las circunstancias especiales del asunto a resolver que dicho plazo no es suficiente para poder ejercer el derecho plenamente lo que implicara que no es un plazo razonable; así dicha regla puede ser contrastada con Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 punto 1 donde se menciona que las

¹⁵⁰ Confróntese con Tesis aislada número 2013950 publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación en el Libro 40, en marzo de 2017, Tomo IV en la página 2046, con clave: 14º C.55 C(10º) cuyo rubro dice: *USURA, CONSTITUYE UNA EXCEPCIÓN A LA INMUTABILIDAD DE LA COSA JUZGADA, ANTE LA EVIDENCIA DE LA VIOLACIÓN A UN DERECHO HUMANO.*

personas tienen derecho a ser oídas dentro de un "plazo razonable", lo que significa que a la luz de las circunstancias que no pudo prever el legislador por no ser omnisciente, pueden resultar contradictorio con el plazo mencionado de 3 días.

CONCLUSIONES

1.- Se confirmo la hipótesis.

2.- La concepción del formalismo jurídico es ambigua, pues no se centran en una misma idea, se reduce a dos ideas distintas, una trata al formalismo como característica natural del derecho positivo, es decir, la forma material en como se expresa el derecho, mientras que la otra línea y es ahí donde se encuentra el problema de la investigación, señala que el formalismo es el es un fenómeno que se da en el aplicador del derecho al momento de interpretar las normas de forma que, se apega al texto literal de la norma sin observar factores contextuales del problema ni finalidades de las normas.

3.- La seguridad jurídica es un principio del derecho y como todo principio, este no es absoluto; la seguridad no esta determinada únicamente al establecer la mayor cantidad de hipótesis normativas, sino que también depende en como es que se aplican las normas, si se busca una seguridad en donde se aplique siempre el texto de la ley, se puede tener seguridad en que se aplique siempre la ley, pero no se tendrá seguridad en que esta sea justa, por no cumplir con las finalidades por las cuales fueron puestas.

4.- Las normas son validas *prima facie*, es decir, solo en el momento de la aplicación, el juzgador puede determinar no aplicar la norma en cuestión sino, su finalidad, en razón de que la redacción de la norma incluye hechos que no deberían incluirse de acuerdo a su finalidad o deja fuera hechos que contrastado a la finalidad de la norma deberían de incluirse; lo anterior es en razón de que el legislador no es omnisciente, por lo cual el juzgador debe prevenir la injusticia de aplicar casos que no concuerden con su finalidad.

FUENTES DE INFORMACIÓN

-Documental:

- AGUEDELO RAMÍREZ**, Martín, *Filosofía del derecho procesal*, segunda edición, Leyer, Bogotá, Colombia, 2006
- ALEXY**, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993
- ÁLVARO DE OLIVEIRA**, Carlos Alberto, *del formalismo en el proceso civil*, traducción de Juan José Monroy palacios, editorial palestra, 2007
- ANSUÁTEGUI ROING**, Francisco Javier, *Crisis de la ley y Estado Constitucional*, editorial Porrúa, 2015
- ARAZI**, Roland y Oteiza, Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, primera edición, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2003
- ATIENZA**, Manuel y **RUIZ MANERO**, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, 4ª edición, septiembre 2012
- ATIENZA**, Manuel y **RUIZ MANERO**, Juan, *Para una teoría postpositivista del derecho*, Palestra y Temis editoriales, Lima-Bogotá, 2009
- ATIENZA**, Manuel. (traductor), revista *Doxa*, número 5, 1998
- ATIENZA**, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, editorial Trotta, Madrid, España, 2013
- ATIENZA**, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, segunda reimpresión, España, 2004
- ÁVILA**, Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, Cátedra de Cultura Jurídica y Marcial Pons, traducción de Laura Criado Sánchez, Madrid, España, 2012
- ÁVILA**, Humberto, *Teoría de los principios*, Marcial Pons, colección Filosofía y Derecho, traducción de Laura Criado Sánchez, Madrid, España, 2011
- BERNAL GÓMEZ**, Beatriz, *Historia del derecho*, México, Nostra, 2010
- BERTOLINO**, Pedro Juan, *El exceso ritual manifiesto*, Platense, 2da edición reelaborada y actualizada, Argentina, 2003

- BOBBIO**, Norberto, *el problema del positivismo jurídico*, editorial Fontamara, cuarta edición, México, 1995
- CARBONELL**, Miguel, *et al.* (Coordinadores), *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria*, Tomo III: Justicia, México, 2015
- CARNELUTTI**, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Segunda reimpresión, México, Colofón, 2013
- CARNELUTTI**, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, Volumen 4, Oxford, México, 2001
- CARNELUTTI**, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Volumen I, Europa – América, 5ª edición, Buenos Aires Argentina 1973
- CARNELUTTI**, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil*, Volumen 5, Oxford, 1ª edición, México 2001
- COSSÍO DIAZ** José Ramón y **LARA CHAGOYÁN** Roberto, *¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible?*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 32, enero-junio, 2015
- CRUZ BARNEY**, Óscar, *La codificación*, México, Porrúa, 2006
- DÍAZ**, Elias, *Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales*, Sistema, ISSN.0210-0223
- DWORKIN**, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, segunda edición, Barcelona, España, 1989
- FERRAJOLI**, Luigi, *derecho y razón*, editorial Trotta, Madrid, 1995
- FERRAJOLI**, Luigi, *derechos y garantías*, editorial Trotta, Madrid, 2004
- GARCÍA MÁYNEZ**, Eduardo, *Introducción al estudio de Derecho*, editorial Porrúa, México, 1980
- GARCÍA RUIZ**, Leopoldo, "La noción de sistema en la génesis del formalismo jurídico y su crítica a partir de la jurisprudencia sociológica norteamericana", *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, España, serie 7, 2003
- GARZÓN VALDÉS**, Ernesto y **LAPORTA**, Francisco J. (Editores), *El derecho y la justicia*, segunda edición, Madrid, España, 2013

- GUASTINI, Riccardo**, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, Trotta, Madrid, España, 2009
- GUZMÁN BRITO, Alejandro**, *Derecho privado romano*, Chile, Jurídica de Chile, 2012.
- HART, Herbert L. A.**, *El Concepto de Derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1963.
- HUERTA OCHOA, Carla**, *Conflictos normativos*, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas serie Doctrina Jurídica, número 142, México, 2003.
- IGLESIAS, Juan**, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Tomo I, Ariel, Barcelona, España, 1953.
- LANDA ARROYO, César**, "Los precedentes constitucionales", *Justicia Constitucional*, Lima, año IV, número 7, julio 2007 – junio 2008.
- LAPORTA, Francisco, et. al.**, *certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, fontamara, México, D.F., 2008.
- LAPORTA, Francisco**, *El imperio de la ley una visión actual*, Trotta, Madrid, España, 2007
- LIFANTE, Isabel**, "Seguridad jurídica y previsibilidad", *DOXA*, número 36, 2013
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena**, *Principio pro persona*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (coeditores), México, 2013
- MELERO DE LA TORRE, Mariano C.**, *Dworkin y sus críticos*, Valencia, 2012
- MONTESQUIEU, El Espíritu de las Leyes**, traducción de Siro García Del Mazo, Tomo I, Librería General de Victoriano Suárez, 1906
- PALLARES, Eduardo**, *La interpretación de la ley procesal y la doctrina de la reconvencción*, México, Coyoacán, 2012
- PÉREZ PORRÚA, Francisco**, *Teoría del Estado*, editorial Porrúa, México, 1996
- PETIT, Eugène**, *Derecho Romano*, Vigésima cuarta edición, México, Porrúa, 2008

POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, revisión de traducción a cargo de Rafael escudero y Gorki Gonzales, palestra, lima, Perú, 2011

RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena y M. Villajosana, Josep (Editores), *Convencionalismo y derecho*, Marcial Pons, Colección de Filosofía y Derecho, Madrid, España, 2016

RICOEUR, Paul, *Lo justo 2*, traducción de Tomás Domingo Moratalia y Agustín Domingo Moratalia, Madrid, Trotta, 2008

RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel, *Formalismo ético y constitucionalismo*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2002

RUIZ MANERO, Juan, *El legado del positivismo jurídico*, editorial palestra, Lima, Perú, 2014

SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y la vida cotidiana*, Marcial Pons colección de Filosofía y Derecho, Traducido por Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, 2004

SHAPIRO, Scott J., *Legalidad*, Marcial Pons, Traducción de Diego M. Papayannis y Lorena Ramirez Ludeña, Madrid, España, 2014

SUMMERS, Robert s., *la naturaleza formal del derecho*, fontamara, México, 2001

VIGO, Rodolfo Luis, *constitucionalización y judicialización del derecho*, Ibáñez, Colombia, 2012.

VIGO, Rodolfo Luis, *la injusticia extrema no es derecho*, fontamara, primera edición corregida, México, 2008.

WEBER, Max, *economía y sociedad*, traducción de José medina Echavarría, et. al., segunda reimpression, México, fondo de cultura económica, 2002

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La Ley y su Justicia*, traducido por Adela mora cañada y Manuel Martínez neira, editorial trotta, Madrid, 2014

-Electrónica:

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Formalismo y Teoría Argumentativa del Derecho*, video realizado por el canal especializado en temas jurídicos "Borde Jurídico", puede ser consultado en <https://www.youtube.com/watch?v=3XMa7QEDk5U>

ATIENZA, Manuel, *El Problema del Formalismo Jurídico. Profesor Manuel Atienza*, min. 42:50 – 56:29 consultado el 8 de marzo del 2017 en la página de YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=Xafdlbclcmc>

ATIENZA, Manuel, N° 22, revista DOXA, Alicante, 1999, consultado el 28 de noviembre del 2015 en http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10306/1/doxa22_14.pdf

CARBONELL, Miguel, *El Neoconstitucionalismo en América Latina*, Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos fundamentales, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, 25 de agosto de 2009, publicado en Youtube consultarlo en los minutos 4:10 – 6:20 en el link: <https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>

CASO CASTILLO PETRUZZI y otros Vs. Perú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de mayo de 1999, pag. 64, párrafo 207., consultado el 26 de febrero del 2016 en la página de internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

CASO MYRNA MACK CHANG Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafo 211.; Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrafo 235.; Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013, párrafo 156.; Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 99.; Caso Hermanos Landaeta Mejias y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de agosto de 2014, párrafo 218.; dichas sentencias consultadas en la página oficial del Buscador Jurídico de Derechos Humanos del Sistema Interamericano el 18 de octubre del 2016 en la página de internet: <http://www.bjdh.org.mx/interamericano/busqueda#>

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: <http://www.rae.es/>

FERRER, Jordi, *Reflexiones críticas sobre el neoconstitucionalismo*, Cátedra de Cultura Jurídica, publicado en Youtube el 27 de septiembre del 2012, ver minutos 5:24 - 13:32. link: <https://www.youtube.com/watch?v=8FXxMEURHo>

MUNNÉ, Guillermo, "Racionalidad del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico", p. 69 – 100, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del derecho*, número 25, octubre 2006, consultado el 14 de marzo del 2016 en la página de internet: <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/racionalidades-del-derecho-segn-max-weber-y-el-problema-del-formalismo-juridico-0/>

-Leyes y jurisprudencia:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS Mexicanos:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN:
<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx?Tesis=TesisRefinar=1&Expresion=Formalismo&Dominio=Rubro&TATJ=2&Orden=1&Epoca=1e3e1fdfd8f8cfd&Apndice=1ffdf8fcff&Hits=20>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Jurisprudencia):
<http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/index.cfm?>

CÓDIGO CIVIL CHILENO: http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Jurisprudencia):
<http://hj.tribunalconstitucional.es/>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Jurisprudencia)
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

SENADO DE LA REPÚBLICA (Iniciativas)

http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/JC_Iniciativa1_061216.pdf

http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/JC_Iniciativa2_061216.pdf