



BOLETÍN DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Año 25

Numero 40

Mayo- Agosto 2015

C O N T E N I D O

- I.- PRESENTACIÓN**
- II.- ESTADÍSTICA 2014**
- III.- NUEVOS NOMBRAMIENTOS Y CAMBIOS DE ADSCRIPCIÓN DE
MAGISTRADOS**
- IV.-ACUERDO DE PLENO MEDIANTE EL QUE SE DETERMINA EL
CAMBIO DE ADSCRIPCIÓN DE MAGISTRADOS**
- V.- ACUERDO DE PLENO MEDIANTE EL QUE SE REFORMA EL
ARTÍCULO 23 DEL REGLAMENTO INTERIOR DEL TRIBUNAL DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO**
- VI.- INFORME ANUAL DE SOLICITUDES DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN PÚBLICA 2014**
- VII.- “EL REALISMO JURÍDICO Y LA DISCRECIONALIDAD
JUDICIAL” por Licurgo Daniel Solorio Banda.**
- VIII.- “TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SIN ARGUMENTOS”
por José Mario Charles Garza.....**

I.- PRESENTACION

Entre múltiples propósitos, la presentación del presente boletín, además de cumplir con la difusión de la información oficial que en él se contiene, aspira a contribuir modestamente al acervo jurídico de nuestra comunidad y presenta una virtual radiografía del estado en que se encuentra este sui géneris tribunal, único en la entidad constituido como organismo público autónomo.

El ejemplar que se pone a disposición de la comunidad incluye la información estadística 2014, con los datos más representativos de la labor desarrollada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado en el año 2014, tanto en Pleno como en Salas.

Tal vez las estadísticas no sean el mejor indicador para medir el complejo trabajo intelectual de quienes imparten justicia, pero constituye un referente indispensable para realizar cualquier estudio a fondo sobre dicha labor, y su difusión una obligación moral y legal, en consonancia con la decisión política del Estado Mexicano, de transparentar todo el que hacer público.

Igualmente este cuadragésimo ejemplar, contiene la información sobre los nuevos nombramientos y cambios de adscripción ocurridos al interior del Tribunal, generados a partir de la designación de Magistrados que hizo el Congreso del Estado, y de la posterior sesión de Pleno que llevó a cabo este órgano jurisdiccional, en consonancia con la actuación del Poder Legislativo.

Parte del contenido que se reseña, es también el Acuerdo del Pleno de este Tribunal que reforma el artículo 23 del Reglamento Interior del Tribunal, precepto que establece los casos en que los expedientes en trámite deberán contar con un ejemplar en duplicado.

El boletín incluye los datos numéricos de las solicitudes presentadas en el año 2014, en relación al acceso a la información pública.

Finalmente incorpora dos trabajos teóricos que nos permiten reflexionar sobre la labor jurisdiccional, uno en el contexto concreto de un alto Tribunal español y otro, en lo general, que presenta un repaso teórico e histórico por las principales escuelas del pensamiento jurídico, y nodalmente, analiza la controversia teórica que implica la solución de casos complejos en los que se presenta al problema de la discrecionalidad judicial.

El boletín incluye, como es ya una costumbre, los números telefónicos, domicilios del Pleno y Salas, el correo electrónico del sitio oficial en internet y los nombres de los titulares de los órganos que lo integran, que son de interés público.

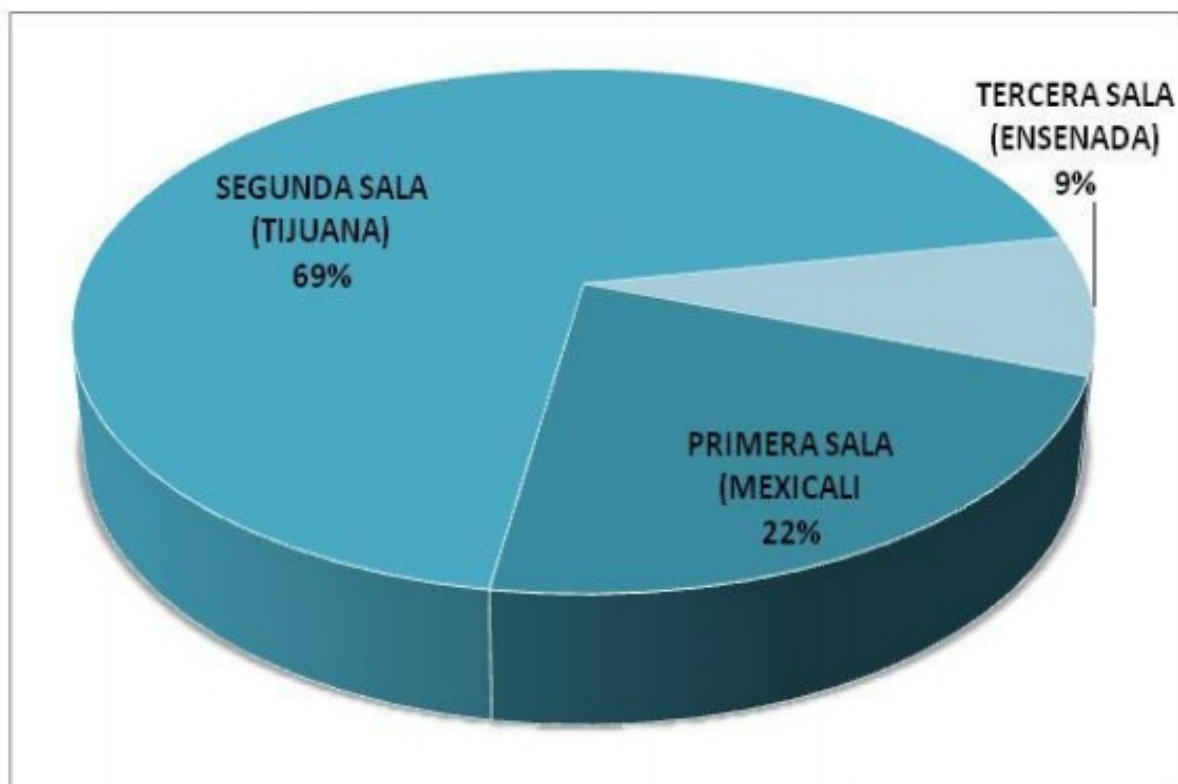
A t e n t a m e n t e

Lic. Alberto Loaiza Martínez
Magistrado Presidente

II.- ESTADÍSTICA 2014

DEMANDAS INGRESADAS EN CADA SALA 2014

SALA	PERIODO 2014
PRIMERA SALA (MEXICALI)	365
SEGUNDA SALA (TIJUANA)	1,158
TERCERA SALA (ENSENADA)	143
GLOBAL	1,734



ESTADISTICA DE DEMANDAS EN FUNCION DEL TIPO DE ACTO IMPUGNADO 2014

PRIMERA SALA (MEXICALI)

	TIPO DE ACTO	2014
1	DERECHOS O CORTES DE AGUA	2
2	ACTOS Y RESOLUCIONES EN MATERIA FISCAL MUNICIPAL	21
3	ACTOS Y RESOLUCIONES EN MATERIA FISCAL ESTATAL	52
4	RESPONSABILIDAD DE SERVIDORES PUBLICOS	5
5	TRANSITO	43
6	PERMISOS, AUTORIZACIONES Y SANCIONES CON BASE A REGLAMENTOS MUNICIPALES	44
7	DESARROLLO URBANO	4
8	ECOLOGIA	3
9	POLICIAS	35
10	EXPROPIACIONES	0
11	ACCSESO A LA INFORMACION PUBLICA	0
12	TRANSPORTE PUBLICO	10
13	COMERCIO AMBULANTE	0
14	LICITACIONES PUBLICAS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	5
15	EDUCACION PUBLICA	25
16	ALCOHOLES	95
17	INCENDIOS Y PROTECCION CIVIL	0
18	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	0
19	PENSIONES Y JUBILACIONES (ISSSTECALI)	95
20	OTROS	21
	TOTAL	365

SEGUNDA SA

LA (TIJUANA)

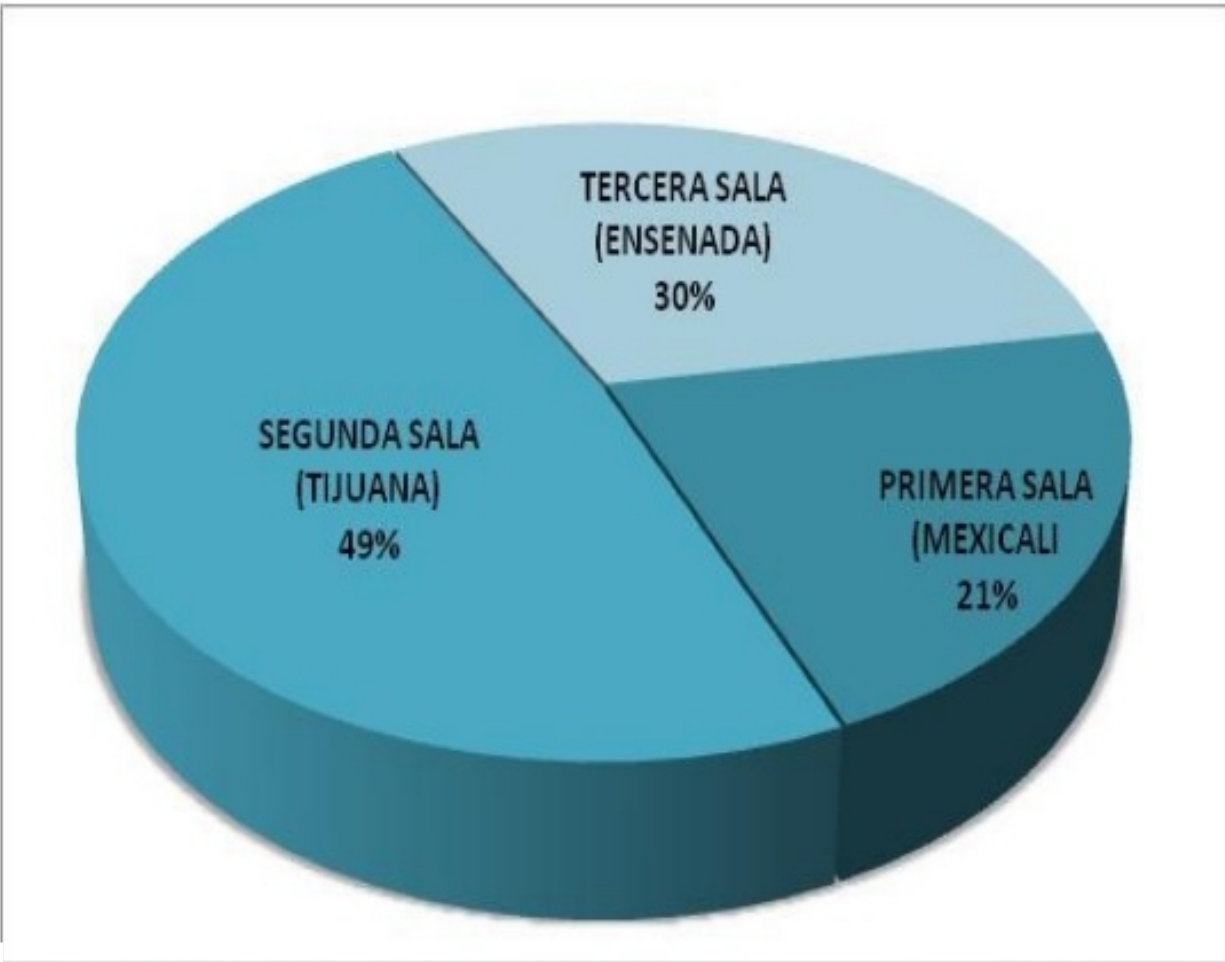
	TIPO DE ACTO	2014
1	DERECHOS O CORTES DE AGUA	323
2	ACTOS Y RESOLUCIONES EN MATERIA FISCAL MUNICIPAL	25
3	ACTOS Y RESOLUCIONES EN MATERIA FISCAL ESTATAL	54
4	RESPONSABILIDAD DE SERVIDORES PUBLICOS	36
5	TRANSITO	22
6	PERMISOS, AUTORIZACIONES Y SANCIONES CON BASE A REGLAMENTOS MUNICIPALES	29
7	DESARROLLO URBANO	7
8	ECOLOGIA	3
9	POLICIAS	103
10	EXPROPIACIONES	0
11	ACCSESO A LA INFORMACION PUBLICA	1
12	TRANSPORTE PUBLICO	495
13	COMERCIO AMBULANTE	1
14	LICITACIONES PUBLICAS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	8
15	EDUCACION PUBLICA	1
16	ALCOHOLES	0
17	INCENDIOS Y PROTECCION CIVIL	1
18	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	0
19	PENSIONES Y JUBILACIONES (ISSSTECALI)	12
20	OTROS	37
	TOTAL	1158

TERCERA SALA (ENSENADA)

	TIPO DE ACTO	2014
1	DERECHOS O CORTES DE AGUA	22
2	ACTOS Y RESOLUCIONES EN MATERIA FISCAL MUNICIPAL	20
3	ACTOS Y RESOLUCIONES EN MATERIA FISCAL ESTATAL	16
4	RESPONSABILIDAD DE SERVIDORES PUBLICOS	7
5	TRANSITO	22
6	PERMISOS, AUTORIZACIONES Y SANCIONES CON BASE A REGLAMENTOS MUNICIPALES	0
7	DESARROLLO URBANO	7
8	ECOLOGIA	7
9	POLICIAS	15
10	EXPROPIACIONES	1
11	ACCSESO A LA INFORMACION PUBLICA	0
12	TRANSPORTE PUBLICO	0
13	COMERCIO AMBULANTE	2
14	LICITACIONES PUBLICAS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	0
15	EDUCACION PUBLICA	0
16	ALCOHOLES	0
17	INCENDIOS Y PROTECCION CIVIL	0
18	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	2
19	PENSIONES Y JUBILACIONES (ISSSTECALI)	10
20	OTROS	12
TOTAL		143

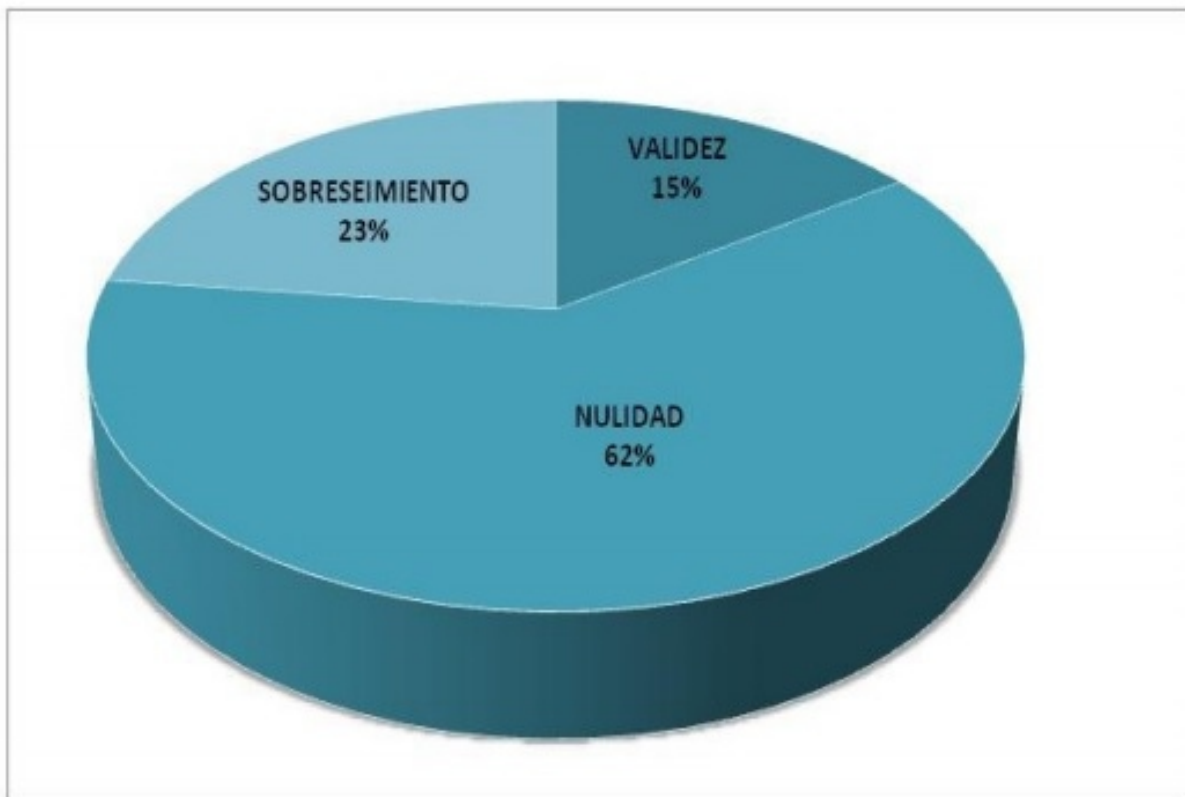
SENTENCIAS DICTADAS EN CADA SALA 2014

SALA	PERIODO 2014
PRIMERA SALA (MEXICALI)	221
SEGUNDA SALA (TIJUANA)	500
TERCERA SALA (ENSENADA)	310
GLOBAL	1,031



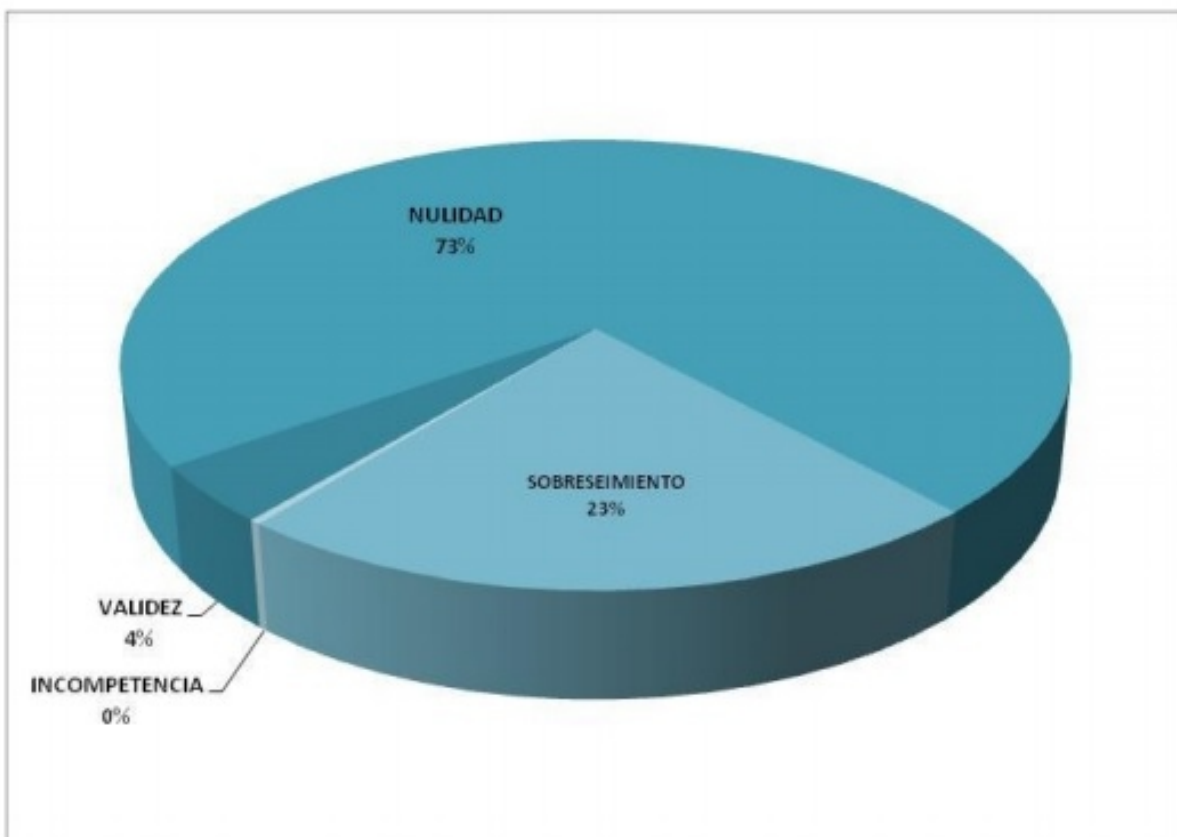
PRIMERA SALA

SENTIDO	CANTIDAD
VALIDEZ	34
NULIDAD	136
SOBRESEIMIENTO	51
INCOMPETENCIA	0
GLOBAL	221



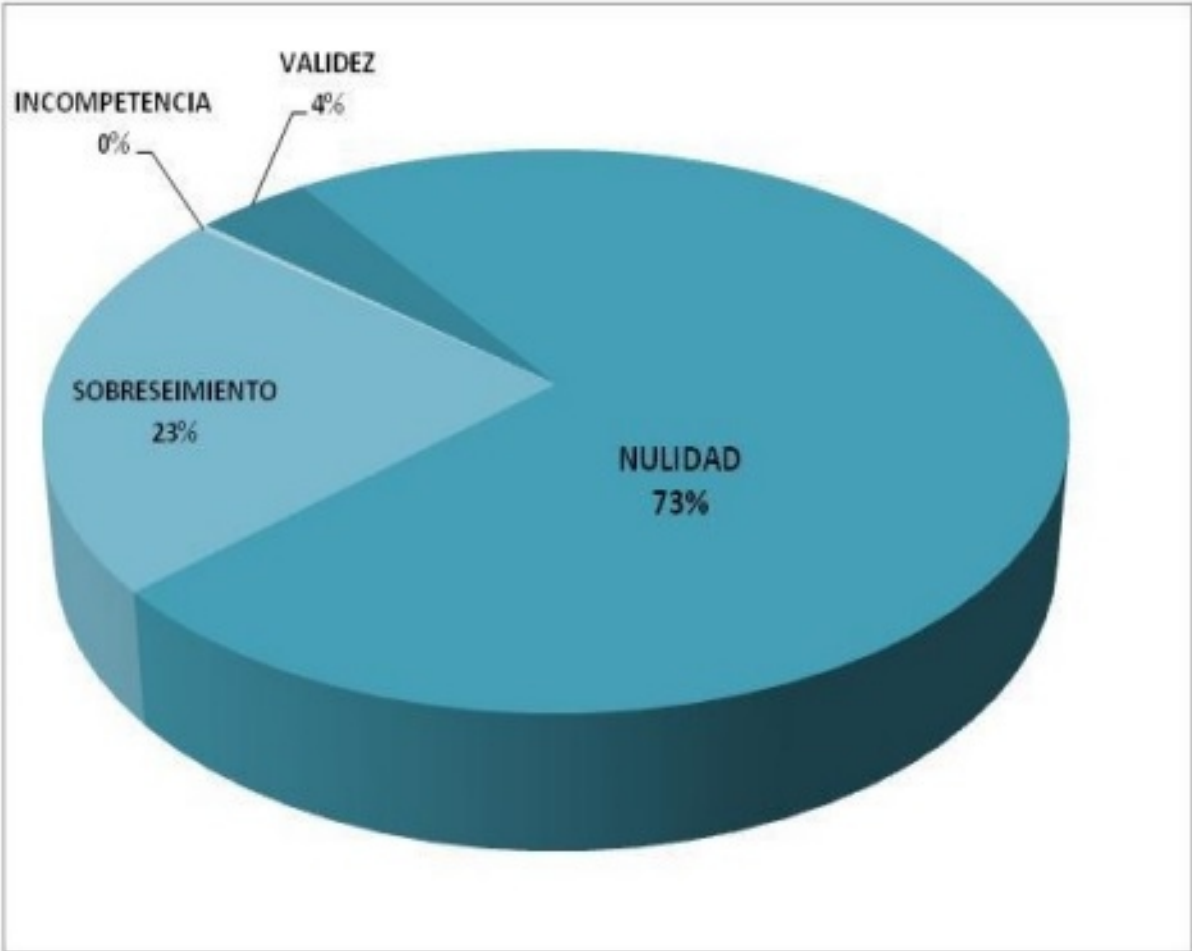
SEGUNDA SALA

SENTIDO	CANTIDAD
VALIDEZ	15
NULIDAD	340
SOBRESEIMIENTO	144
INCOMPETENCIA	1
GLOBAL	500



TERCERA SALA

SENTIDO	CANTIDAD
VALIDEZ	13
NULIDAD	226
SOBRESEIMIENTO	70
INCOMPETENCIA	1
GLOBAL	310

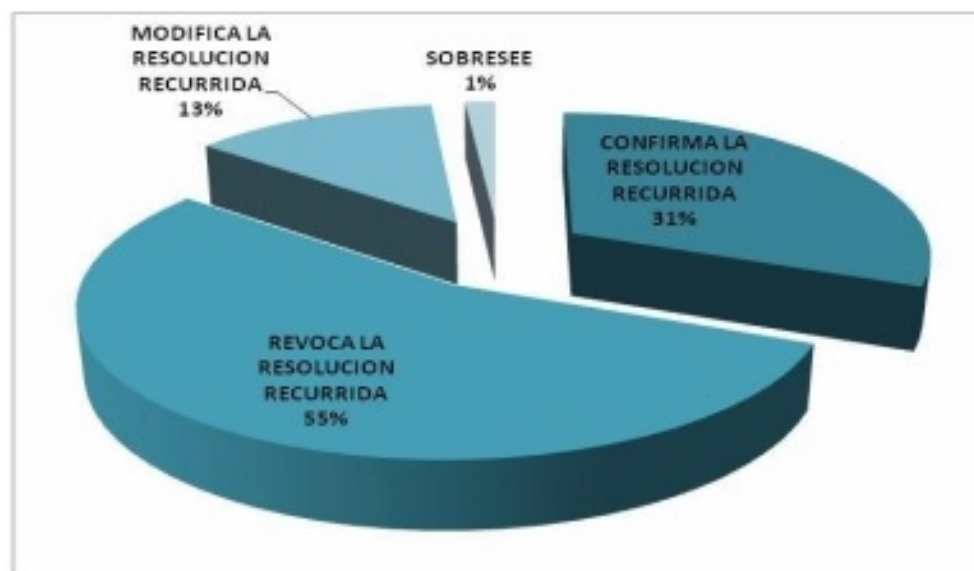


RECURSOS DE REVISIÓN RECIBIDOS Y SENTENCIAS DICTADAS 2014

PERIODO	RECURSOS DE REVISIÓN PRESENTADOS	SENTENCIAS DICTADAS
2014	195	383

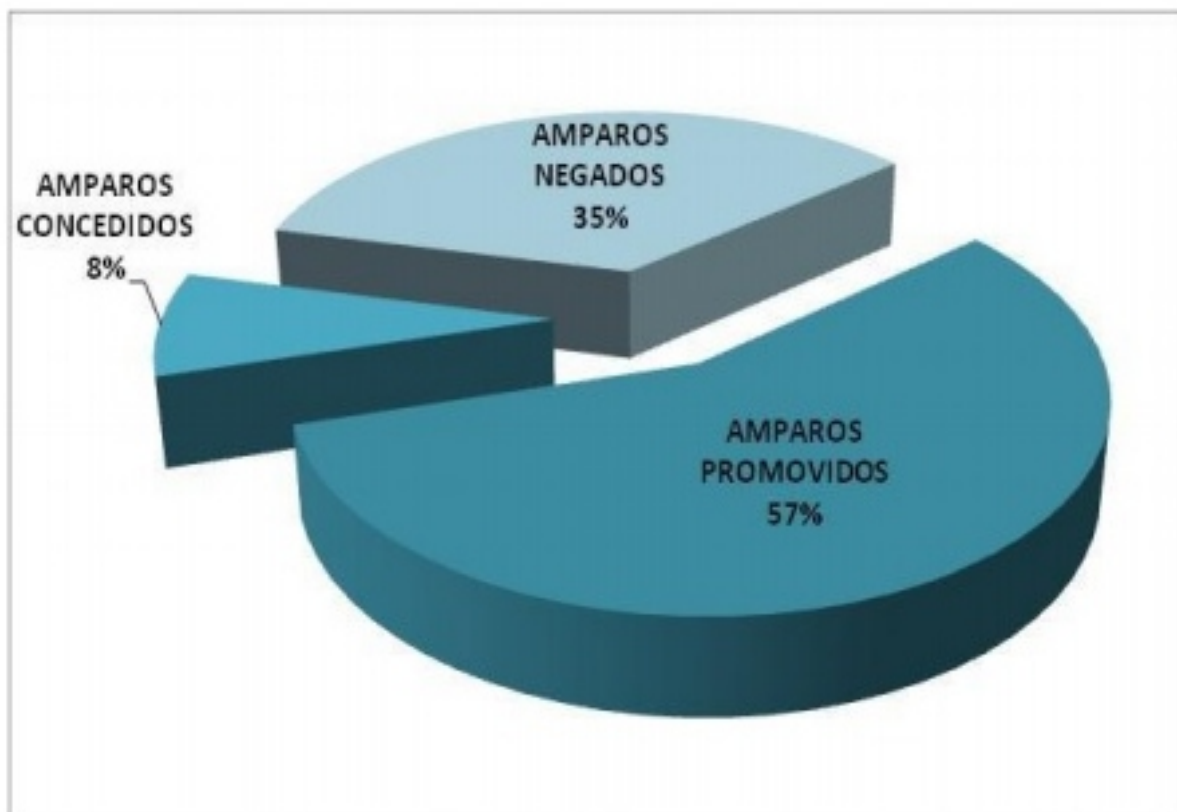
RESOLUCIONES DICTADAS POR EL PLENO EN FUNCION DEL SENTIDO DEL FALLO 2014

SENTIDO	NUMERO	%
CONFIRMA LA RESOLUCION RECURRIDA	119	31%
REVOCA LA RESOLUCION RECURRIDA	209	55%
MODIFICA LA RESOLUCION RECURRIDA	49	13%
SOBRESEE	6	1%



JUICIOS DE AMPARO DIRECTO PROMOVIDOS EN CONTRA DELAS RESOLUCIONES DICTADAS POR EL PLENO 2014

AMPAROS PROMOVIDOS	AMPAROS CONCEDIDOS	AMPAROS NEGADOS
158	23	98



III.- NUEVOS NOMBRAMIENTOS Y CAMBIOS DE ADSCRIPCIÓN DE MAGISTRADOS

La Honorable XXI Legislatura Constitucional del Estado, aprobó en sesión de fecha 18 de junio de 2015, los nombramientos de los Licenciados Carlos Rodolfo Montero Vázquez y Flora Arguilés Robert, como Magistrados Numerario y Supernumerario, respectivamente, por el periodo comprendido del 19 de junio de 2015 al 18 de junio de 2021, por lo que el Pleno de este órgano jurisdiccional, en sesión del 19 de junio de 2015, fijó la adscripción del primero a la Primera Sala del Tribunal y la de la Segunda a la Tercera Sala, a partir del 19 de junio del presente año.

Asimismo, en diversa sesión plenaria de ocho de julio, se acordó el cambio de adscripción de los Magistrados Supernumerarios Roberto Alfonso Vidrio Rodríguez a la Tercera Sala y Flora Arguilés Robert a la Segunda Sala, a partir del 17 de agosto de 2015.



IV.-ACUERDO DE PLENO MEDIANTE EL QUE SE DETERMINA EL CAMBIO DE ADSCRIPCIÓN DE MAGISTRADOS

Acuerdo del Pleno del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California, que establece el cambio de adscripción del Magistrado Supernumerario Roberto Alfonso Vidrio Rodríguez, a la Tercera Sala de este Tribunal, con residencia en Ensenada, Baja California, y de la Magistrada Supernumeraria Flora Arguilés Robert, a la Segunda Sala con residencia en Tijuana, Baja California.

CONSIDERANDO

1.- Que el artículo 18, fracción II, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California establece que el Pleno es el órgano del Tribunal que tiene la atribución de fijar la adscripción a las Salas de los Magistrados, Secretarios de Acuerdos y Actuarios;

2. Que de conformidad con el artículo 21 de la ley que rige a este Tribunal, las Salas estarán integradas por un Magistrado Numerario o Supernumerario cada una y el personal jurídico y administrativo que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones y que los Magistrados Supernumerarios integrarán Sala en los Municipios de Tijuana y Ensenada.

3.- Que actualmente el Magistrado Supernumerario Roberto Alfonso Vidrio Rodríguez está adscrito a la Segunda Sala de este Tribunal, con residencia en Tijuana, Baja California, y que la Magistrada Supernumeraria Flora Arguilés Robert se encuentra adscrita a la Tercera Sala, con residencia en Ensenada, Baja California.

4.- Que el Magistrado Supernumerario Roberto Alfonso Vidrio Rodríguez, durante el tiempo que ha estado adscrito a la Segunda Sala, ha desarrollado e implementado sistemas de control y seguimiento de expedientes que han servido para que la actuación jurisdiccional de dicha Sala sea eficiente y de vanguardia. Los sistemas de control y seguimiento desarrollados por el Magistrado Vidrio Rodríguez son los modelos que se pretende implementar en todas las Salas, en atención al proyecto de Homogenización de Procedimientos.

5.- Que se estima necesario que los programas y controles de sistematización de criterios y de control y seguimiento de expedientes se implementen en la Tercera Sala.

6.- Que la Magistrada Flora Arguilés Robert garantiza el debido funcionamiento del sistema de administración de justicia de la Segunda Sala, ya que desempeño el cargo de Magistrada Numeraria por dos periodos en términos de la ley que rige a este Tribunal y fue nombrada Magistrada Supernumeraria de este Tribunal por el Congreso del Estado.

En consecuencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 18, fracción II, y 21 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California, y por las razones expuestas en atención a las necesidades del servicio, el Pleno emite el siguiente:

ACUERDO

Primero. Se cambia de adscripción al Magistrado Supernumerario Roberto Alfonso Vidrio Rodríguez, de la Segunda Sala con residencia en Tijuana, Baja California, a la Tercera Sala con residencia en Ensenada, Baja California.

Segundo. Se cambia de adscripción a la Magistrada Supernumeraria Flora Arguilés Robert, de la Tercera Sala con residencia en Ensenada, Baja California, a la Segunda Sala con residencia en Tijuana, Baja California.

Tercero. Los cambios de adscripción acordados surtirán efectos a partir del diecisiete de agosto de dos mil quince.

Cuarto. Otórguense las facilidades administrativas que sean necesarias para el cumplimiento del presente Acuerdo.

Quinto. Notifíquese el presente Acuerdo a los Magistrados Supernumerarios Roberto Alfonso Vidrio Rodríguez y Flora Arguilés Robert.

Dictado en sesión de ocho de julio de dos mil quince, por unanimidad de votos de los Magistrados Alberto Loaiza Martínez, Martha Irene Soleno Escobar y Carlos Rodolfo Montero Vázquez.

V.- ACUERDO DE PLENO MEDIANTE EL QUE SE REFORMA EL ARTÍCULO 23 DEL REGLAMENTO INTERIOR DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO



Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California

Acuerdo del Pleno del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California, que reforma el artículo 23 del Reglamento Interior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California.

CONSIDERANDO

- 1.- Que el artículo 18, fracción V, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California establece que el Pleno es el órgano del Tribunal que tiene la atribución de aprobar y reformar el Reglamento Interior del Tribunal;
- 2.- Que de conformidad con el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.
- 3.- Que actualmente existen cargas de trabajo excesivas en las Salas del Tribunal que rebasan al personal con que se cuenta.
- 4.- Que el artículo 94 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado prevé que el Pleno resolverá los recursos de revisión interpuestos en contra de las resoluciones de las Salas que decreten o nieguen el sobreseimiento y las sentencias definitivas, y que dicho recurso deberá interponerse por escrito ante el Magistrado de la Sala, quien lo tendrá por interpuesto y lo remitirá dentro de los tres días siguientes al Magistrado Presidente para que acuerde su admisión si procede.
- 5.- Que el artículo 23 del Reglamento Interior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado prevé que las Salas del Tribunal llevarán por duplicado los expedientes de los juicios de su competencia.



Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California

6.- Que para que los expedientes en que se haya promovido recurso de revisión puedan remitirse al Pleno del Tribunal es necesario que quede su duplicado en la Sala.

7.- Que actualmente el formar el duplicado de la totalidad de los expedientes de las Salas implica un retardo en su remisión al Pleno del Tribunal a efecto de sustanciar el procedimiento del recurso de revisión.

8.- Que el formar duplicado de la totalidad de los expedientes de las Salas implica el uso de recursos materiales como lo es hojas de papel y copiadoras, así como recursos humanos para elaborarlos, lo cual actualmente resulta contrario a los principios de austeridad y protección al ambiente.

9.- Que la normatividad que rige a otros órganos impartidores de justicia como el Poder Judicial de la Federación, el Poder Judicial del Estado de Baja California y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no establecen la figura del duplicado de los expedientes.

Es por ello, que como una medida que exige el buen servicio del Tribunal de lo Contencioso en Pleno que tiene el deber de impartir justicia pronta y expedita conforme el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con fundamento en el artículo 18, fracción V, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Pleno emite el siguiente:

ACUERDO

PRIMERO. Se reforma el artículo 23 del Reglamento Interior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California para quedar como sigue:

GOBIERNO DEL ESTADO
DE BAJA CALIFORNIA

Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California

Artículo 23.- El Pleno y las Salas del Tribunal llevarán por duplicado los expedientes de los juicios de su competencia, cuando el Magistrado Presidente o el Magistrado Titular estime necesario, el cual podrá realizarse en forma impresa o digital.

SEGUNDO. La presente reforma surtirá efectos a partir del día siguiente a su publicación en el Periódico Oficial del Estado de Baja California.

Dictado en sesión de veinticuatro de septiembre de dos mil quince, por unanimidad de votos de los Magistrados Alberto Loaiza Martínez, Martha Irene Soleno Escobar y Carlos Rodolfo Montero Vázquez, quienes firman ante la presencia de la Secretaria General de Acuerdos, Licenciada Claudia Carolina Gómez Torres, quien autoriza y da fe.-

Para todos los efectos legales a que haya lugar, se extiende la presente CERTIFICACION, en la ciudad de Mexicali, Baja California, el día treinta de septiembre de dos mil quince.

**LA SECRETARIA GENERAL DE ACUERDOS DEL TRIBUNAL
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE
BAJA CALIFORNIA**

LIC. CLAUDIA CAROLINA GOMEZ TORRES

VI. INFORME ANUAL DE SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA 2014

INSTITUTO DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

INFORME ANUAL DE SOLICITUDES DE INFORMACIÓN RECIBIDAS Y ATENDIDAS



Nombre del Sujeto Obligado: _____

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO

Periodo que se informa:

1 de enero al 31 de diciembre de 2014

TIPO DE RESPUESTA	NÚMERO DE SOLICITUDES
Afirmativa	12
No competencia	0
No interpuesta	0
Afirmativa parcial	1
Negativa (información reservada o confidencial)	1
Inexistencia de la información	0
TOTAL DE SOLICITUDES RECIBIDAS Y ATENDIDAS	14
PROMEDIO DE DÍAS HABÍLES REQUERIDOS PARA OTORGAR RESPUESTA LAS SOLICITUDES DE INFORMACIÓN RECIBIDAS	5.2

VII.- “EL REALISMO JURÍDICO Y LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL”.

Conocer el derecho de una determinada comunidad es conocer las normas jurídicas que lo componen y los mecanismos para su aplicación. Por definición el derecho requiere de la *forma* para presentarse a sus operadores como mandatos de autoridad legítima y que estos puedan ser seguidos de tal manera que el derecho sea reconocido como un instrumento social que proporciona seguridad sobre las consecuencias que acarrearán los comportamientos individuales en sociedad.

El primer gran intento, oficial, de establecer los postulados sobre lo que el derecho pretende fue la escuela de la Exégesis, también conocida como la escuela formalista. Aquí, se verían sintetizadas las pretensiones del derecho estatista, es decir, la pretensión de autoridad. Los mandatos son establecidos para ser seguidos y se presumen certeros, unívocos y claros. Sin embargo, ese objetivo se va difuminando con las combinaciones entre los supuestos jurídicos y la variedad de hechos posibles, con lo que se muestra, contrario a la pretensión originaria, que el derecho no es una cuestión clara, ni de fácil aplicación.

Fue H.L.A Hart quien dio imagen a este fenómeno. Decía el profesor de Oxford, que el derecho presenta “casos claros”, en los que la respuesta viene determinada por una norma jurídica, pues existe “certeza” de que la norma regula el hecho, pero también, habrá “casos difíciles”, en lo que la norma se encuentra en una “zona de penumbra”, por lo que no hay claridad respecto a lo que el derecho establece. Esto, es lo que llamamos el fenómeno de la indeterminación jurídica, y es, desde mi opinión, una cuestión que resquebraja todo el sistema sobre el cual está construida la idea de derecho.

Si los autores del derecho, aquel o aquellos que cuenten con el poder legítimo, lo que pretenden es autoridad, es claro que su aplicación deberá corresponder a una aplicación que mejor se ajuste a esos mandatos. Al momento en que el intérprete participa en el establecimiento de esos contenidos, la autoridad se habrá difuminado entre el creador y el aplicador de la regla, en la medida en que el aplicador haya introducido nuevos elementos para establecer el significado de esa norma.

En el plano político, no es admisible que los jueces se erijan en legisladores porque carecen de legitimidad. Lo mismo podría decirse en los sistemas políticos en los que el titular del Poder Ejecutivo tiene funciones legislativas, sin embargo, se reputan como legítimos sus mandatos, dentro del marco de actuación que le ha sido delegada por el legislador. Este

colaboracionismo es una singularidad de los Estados contemporáneos. Siguiendo lo anterior, sería posible establecer una analogía con lo que ocurre en la relación juez-legislador.

¿En qué grado, los jueces, son partícipes del desarrollo del derecho?

Sostengo que la pregunta implica el análisis de varios factores y que no puede ser desentendida del sistema político en el que se desenvuelve. Si el legislador opta por hacer reglas cerradas, claras, y un gran número de estas para regular todos los casos posibles, el juez gozará de menor discrecionalidad. Viceversa, a mayor amplitud en la que se describa el supuesto de hecho, prefiriéndose los *estándares* sobre las reglas, mayor será la discrecionalidad con la que cuenta el juez a la hora de fijar el derecho aplicable al caso concreto.

El debate entre reglas y principios, protagonizado por Dworkin y Hart, en los años 70's, se ha revitalizado por la aparición global del *constitucionalismo*: Sistemas Jurídicos en lo que se establece el poder de los jueces de anular leyes contrarias a la Constitución o los Derechos Fundamentales. Este resurgimiento, que tiene su origen histórico más visible, en el fallo *Marbury v. Madison*, implica un desafío a la *forma* en el derecho. Un desafío porque pone en entredicho los postulados básicos del formalismo al dejar en manos del juez un poder de concreción mayúsculo, por no tratar con normas determinadas, sino con *derechos fundamentales indeterminados*.

Se ha encontrado cierta correlación entre control judicial y activismo judicial. El país con la mayor tradición de *judicial review*, es a la vez el señalado como de mayor *activismo* por parte de los jueces. Sin embargo, una cosa no lleva a la otra. La relación control judicial-activismo estaría condicionada, mayormente, por la escuela de pensamiento del realismo jurídico. Así como el formalismo pregonó el significado unívoco de las palabras en las que se transmiten los contenidos del derecho, el realismo jurídico observó un carácter multívoco de ese lenguaje, por tanto, era posible afirmar así, que hay tantas interpretaciones como interpretes. Esta dosis de subjetividad, representan un desafío, no sólo hacía la *forma* del derecho, sino hacía el pensamiento clásico liberal de occidente y uno de sus mayores constructos: El Estado de Derecho.

Se dice que en el constitucionalismo, el modo de operar de los jueces frente a las decisiones de derechos humanos, implica discrecionalidad porque es el intérprete, en este caso el juez, el que otorga o adscribe contenido a los derechos constitucionales. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido el alcance de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vivienda, derecho al agua, etc., estos últimos catalogados como derechos económicos, políticos y sociales.

Me parece importante rescatar, a esta alturas de la vida jurídica nacional, rescatar las tesis del realismo jurídico desarrolladas, principalmente, en la primera mitad de siglo XX, pues es la escuela de pensamiento que mejor puede dar cuenta del fenómeno del constitucionalismo de los derechos humanos, es decir, de la indeterminación y el poder de los jueces para decidir en base a su valoración y juicio. Sostengo que el riesgo es poner en cuestionamiento los postulados liberales de la división de poderes, pero que esa formulación, se aprecia también en otras latitudes, como en el derecho administrativo, donde se ha admitido que las autoridades administrativas también gozan de un margen de discrecionalidad en su actuación, o peor aún, que pueden juzgar, pero esas cuestiones que hoy parecen normales, no han implicado el derrumbamiento del ideal del Estado de Derecho.

II. Los Realistas

El realismo jurídico estadounidense, se distingue, *prima facie*, de las grandes teorías clásicas del derecho, positivismo y iusnaturalismo, por poner énfasis en el momento de aplicación del derecho, es decir, en la actividad judicial. Mientras el positivismo y el iusnaturalismo, para explicar la naturaleza del derecho, lo hacen desde *la fuente* de producción del derecho, la primera de origen estatista, la segunda, de origen natural, racional o divino, el realismo jurídico inicia su análisis con enfoque en como ese derecho producido es aplicado efectivamente en la sociedad.

El realismo jurídico puede ser tomado desde un extremismo, caricaturizado, como la teoría que explica la decisión judicial en función de "*what the judge had for breakfast*", atribuido a Jerome Frank, hasta un *realismo balanceado*, posición que defiende el profesor de la Universidad de Austin, Brian Leiter.

Jerome Frank fue una de las voces más significativas en los planteamientos realistas. Abogado practicante en los años 30's en Chicago y Nueva York, funcionario de la administración pública federal, y Juez Federal de Apelaciones del Segundo Circuito de 1941-1957. Siguiendo a Oliver Wendell Holmes, Frank señala que *el derecho es lo que ha sucedido en o sucederá en casos concretos* (1930, p.297). Las decisiones pasadas sirven de guía para predecir las decisiones futuras, sin embargo, conocer el derecho no se limitaría al estudio de los precedentes, pues Frank propuso otro elemento relevante a tomar en consideración: La Personalidad del Juez.

I En su libro, *Law and the Modern Mind*, Jerome Frank hace un ejercicio de cómo funciona en la realidad el derecho aplicado por los jueces. Introduce un análisis de tipo psicológico, criticando el razonamiento que sostenían los psicólogos, del tipo premisa, de la cual derivaría la conclusión. El proceso de juzgar, señala, es a la inversa. Decidir comienza con una conclusión más o menos formada, y después trata de encontrar las premisas que de den contenido a esa conclusión. Señala así, que existe cierta analogía con la técnica del escritor de una historia de detectives (1930, p. 108).

Apoyado en las palabras de un juez llamado Joseph Hutchenson, escritas en un artículo publicado en la revista jurídica de la Universidad de Cornell, en 1929, en las cuales señala que el juez realmente decide por impresiones o intuiciones, y no por racionalización, aun cuando esa racionalización sea lo que aparece en la sentencia, Frank, estando de acuerdo en ello, añade que esa descripción tiene consecuencias importantes. Si el derecho consiste en las decisiones de los jueces, y esas decisiones están basadas en las intuiciones de los jueces, entonces la forma en que ese juez adquiere sus primeras impresiones es la clave para el razonamiento judicial. Entonces, se pregunta, ¿cuáles son esos estímulos que hacen sentir a un juez que debería tratar de justificar una cierta conclusión en lugar de otra? (1930, 112-113)

Las reglas y principios son una parte de esos estímulos, pero hay otros mas, visibles u ocultos, y que frecuentemente no son considerados en las discusiones acerca de la naturaleza del derecho, reduciéndolos a meros *prejuicios* políticos, morales o económicos. Este será un tema recurrente del fenómeno realista.

Si el formalismo sostuvo que la *forma* es lo que permite la predecibilidad del derecho, y por tanto, su certeza, el realismo sostendrá una diversa formulación, aunque no análoga, encuentra que la anhelada certeza es un *mito*, por lo que habrá que explorar nuevas vías de conocimiento del derecho.

III. La teoría predictiva del juez Holmes

La concepción del realismo solo puede ser concebida en contraste con el formalismo. La calificación del derecho como un ordenamiento jurídico completo, ordenado, coherente, del cual pueden deducirse de ciertos principios que lo informan es el punto de mira crítico del realismo. Su crítica vendrá asentada sobre la concepción de que las respuestas acerca de lo que el derecho exige, vienen determinadas por una deducción lógica a partir de ciertos principios coherentes y ordenados que informan el contenido del derecho.

El derecho no es una cuestión preexistente al aplicador, no es lógica, sino una cuestión posterior, que nace junto con la decisión judicial. Así, Oliver Wendell Holmes, señalado como precursor del Realismo Jurídico, identificó en *The Path of Law*, que la naturaleza del derecho es la predicción de la reacción de los jueces hacia los hechos que se les presentan para ser juzgados. En ese sentido, el enfoque del análisis legal debe estar puesto en lo que los tribunales efectivamente hacen, en contraste, con lo que la doctrina legal puede sugerir, o aún, más allá, de lo que los propios códigos predeterminen. De ahí, su célebre y novedosa definición del derecho: *Las profecías de lo que las cortes harán de hecho, y nada más que eso, es lo que entiendo por derecho (TPL, 1897, 457)*

Estas "profecías" pueden ser tomadas en dos vertientes. La primera, aquella que caracterizaría la *predicción* a través de los precedentes o decisiones previamente tomadas por los jueces. Si conocemos las decisiones pasadas tendremos un alto grado de predicción acerca de cómo será la decisión futura. Este modo presenta menos problemas y es ampliamente aceptada. Sin embargo, Holmes pondría particular acento en la predicción, enfocándose en los factores de comportamiento judicial, que son los estímulos provocados por los hechos alrededor del caso, las ideologías personales y políticas, el bagaje cultural y social.

Rechazando la deducción lógica que pregonaba el formalismo, o la caracterización de la decisión judicial como una actividad cognoscitiva, la concepción Holmesiana, evidentemente, tendrá repercusiones en la interpretación jurídica, concluyendo en una identificación del derecho con el producto de la interpretación, visible en la sentencia judicial: Sólo es derecho aquello reconocido por los jueces en su fallo.

Aquí Holmes, inaugura una concepción separada a la concepción normativista que identifica las normas, reglas y principios, que bajo ciertos criterios de validez pueden ser identificados como derecho. La notoria distinción es por sus momentos de creación durante la fase de producción del derecho. Mientras el positivista identifica al derecho por sus fuentes, es decir por sus formas de producción, como la legislación, la jurisprudencia o los contratos privados en los que se crean normas individualizadas, el realismo de la teoría predictiva, pondrá su énfasis en que el derecho existe hasta que es dictada la decisión judicial, es hasta ese entonces, cuando surgirá, de forma estable, "el derecho". Antes de la decisión sólo habrá reglas jurídicas, las cuales son solo reglas en el papel, reglas expuestas en los libros, y que durante el desarrollo de un juicio tendrá, en su versión extrema, el carácter de juguetes vistosos.

Si la función principal del derecho es otorgar certeza acerca de las consecuencias de la actividad humana, la falta de *predecibilidad* puede ser letal para el funcionamiento del derecho como práctica social, como ha señalado Francisco Laporta.

En *El Concepto de Derecho*, H.L.A Hart, reconoció el carácter indeterminado del derecho, pero atribuyó esa indeterminación al lenguaje en el que está formulado ese derecho, a través de sus reglas. En cambio, Holmes pondría atención a la indeterminación, no por las causas de la semántica, sino por la imposibilidad de guiar el razonamiento de los jueces, por la circunstancia de que al trabajar con normas no existe un criterio para la elección de la norma que determinará el caso y es el juez el que guía toda la decisión al escoger los hechos relevantes y escoger la norma aplicable. En este caso, Holmes rechazaría que los argumentos lógicos fueran los que constriñen al juez a la adopción de su decisión dado que cualquier conclusión es susceptible de ser construida a través de argumentos que apoyen esa conclusión. Sentenció Holmes: *you can give any conclusion a logical form.*

El realismo, a diferencia del positivismo Hartiano o Kelseniano, no centra su objeto en la naturaleza del derecho sino en la adjudicación. En ese sentido, más que una teoría que compita con el positivismo, el realismo se ocupa de un área en la que el positivismo muestra inconsistencias, cuando termina por abandonar su propia teoría, al concluir la indeterminación radical del derecho, ofreciendo una explicación incompleta de lo que sucede al momento de estar frente a una “zona de penumbra”, en la que el juez se comporta como un legislador dada su discrecionalidad judicial, en sentido *fuerte*.

Siguiendo lo anterior, la objeción que efectúa el profesor Hart a la teoría predictiva, en el capítulo VII, de *El Concepto de Derecho*, en el sentido de que los jueces no están tratando de predecir sus fallos, sino que pretenden discernir lo que el derecho prevé bajo las circunstancias presentadas, es una lectura incompleta acerca de lo que el realismo propuso.

Primero, habría que precisar que el término “predicción” o “profecía” se acuñó de la lectura que ofreció O. W. Holmes, ante una audiencia en Boston, sin la pretensión de formular una “teoría” del derecho, pero sí, una definición acerca de cómo opera el derecho y como se volverá en un futuro. En *The Path of Law*, Holmes inicia reconstruyendo la idea de que el derecho es lo que dictarán los jueces, porque los ciudadanos están interesados en saber las consecuencias de sus acciones, pero mientras no exista un fallo judicial, solo serán predicciones probabilísticas.

No se trata, en realidad, de una guía normativa para dictar fallos, sino de una dosis de realidad al derecho positivado, también nombrado “derecho en el papel” (*Law in Books*), en oposición al derecho que se nos presenta en la realidad (*Law in Action*).

IV. A modo de Conclusión

A diferencia de nuestra cultura jurídica, para el realismo jurídico estadounidense, el derecho se encuentra en los fallos judiciales y no exclusivamente en la legislación. Las leyes son una guía por los jueces, pero no es el derecho mismo, pues el derecho sólo puede encontrarse –desde este punto de vista – en lo que los jueces efectivamente hacen en la realidad.

Esta visión me parece importante para un derecho como el nuestro donde a pesar de que se reconoce a la legislación como la principal fuente de derecho, en realidad, la jurisprudencia ocupa un espacio preponderante, transformando el derecho y creando verdaderas normas jurídicas que son las que rigen los casos en la realidad. Considerando el actual movimiento constitucional de los derechos humanos, en los que la labor de análisis, construcción e interpretación del derecho es primordial, conocer el realismo jurídico y sus aportaciones resulta imprescindible.

Licurgo Daniel Solorio Banda
Secretario de Acuerdos adscrito a la Primera Sala del Tribunal.

VIII.- “TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SIN ARGUMENTOS”.

Los abogados somos propensos a problematizar todo, hasta lo que no deberíamos; somos personajes a los que les entusiasma argumentar sobre temas que no necesitan o no pueden ser argumentados; navegamos en tempestades que nosotros mismos generamos y pocas veces tocamos tierra firme; pero lo peor, es que rara vez nos damos cuenta.

Un buen ejemplo de esto es la sentencia del Tribunal Constitucional Español que resolvió en definitiva el recurso de inconstitucionalidad número 6864-2005, por virtud del cual se impugnó la ley 13/2005; ley que tiene por objeto modificar el concepto tradicional de matrimonio para comprender inmerso en él, al celebrado entre parejas homosexuales.

Lo interesante de esta resolución es que en su núcleo no es posible encontrar un solo argumento; y aunque su plasticidad y diseño pudieran dar la impresión contraria, lo cierto es que todos sus peldaños están contruidos a partir de un pseudo-problema, o para ser más precisos, en torno a lo que Genaro R. Carrió denominaría un pseudo-desacuerdo de hecho en torno a proposiciones analíticas. De tal manera que al terminar de leer la sentencia uno termina convencido de todo lo que en ella se ha dicho, pero al mismo tiempo uno acaba con serias dudas sobre si lo dicho es suficiente y lo que es más grave, sobre si lo dicho era en realidad lo que se tenía que decir. Pero vayamos por partes.

El dos de julio de dos mil cinco se publicó en el Boletín Oficial de España la ley 13/2005. Esta ley, como antes se dijo, tenía como finalidad posibilitar el matrimonio entre parejas del mismo sexo y desaparecer, por virtud de ello, cualquier distingo legal entre las uniones heterosexuales y las homosexuales.

El treinta de septiembre de dos mil cinco varios Diputados del Grupo Popular del Congreso Español interpusieron un recurso ante el Tribunal Constitucional con el objeto de impugnar la ley. El argumento principal de los congresistas era que la reforma legislativa venía a modificar la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer, haciendo irreconocibles los perfiles por los que se conoce una institución vital para la sociedad como lo es la del matrimonio.

Genaro R. Carrió, Notas sobre Derecho y Lenguaje, página 97.

Véase sentencia del Tribunal Español, hoja 2 cuarto párrafo. <http://blogs.ua.es/espanyadoxa/>

Substanciado el proceso que ameritaba el caso y analizadas las posturas de las partes que debían intervenir en ese juicio constitucional, el seis de noviembre de dos mil doce, el Tribunal resolvió en definitiva desestimar el recurso, no sin antes precisar que la citada ley no tenía tacha de inconstitucionalidad.

Para llegar a esta conclusión, lo primero que hizo el Tribunal fue hacer referencia a una tesis que ha venido construyendo jurisprudencialmente, tesis que se sostiene en la idea de que la figura jurídica del matrimonio puede ser entendida como una garantía institucional, y simultáneamente, como un derecho constitucional. Por tal motivo, para clarificar el sentido y alcance de su sentencia el Tribunal se propuso primero *dar respuesta a la duda de si la reforma impugnada supone un menoscabo constitucionalmente inadmisibles de la garantía institucional del matrimonio, y en segundo lugar, a la cuestión de si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio.*

Puntualizado lo anterior, enseguida el Tribunal trazó el rumbo a seguir en el análisis del primer tópico de su problemario: el del matrimonio como una institución constitucionalmente protegida. Así, inició declarando que las instituciones jurídicas enunciadas en la Constitución, no pueden deformarse por el legislador ordinario; afirmó que si bien el parlamento puede redefinir, adecuar o suprimir el contorno y solo el contorno de instituciones fundamentales para la sociedad española como la del matrimonio, tiene como reducto indisponible su núcleo esencial.

En otras palabras, el Tribunal asentó que el legislador tiene un amplio margen para moldear las instituciones jurídicas asentadas en la Constitución; sin embargo, sus atribuciones no pueden extenderse al grado de modificarlas en un modo que termine por difuminar su naturaleza; por eso, para ese órgano jurisdiccional su núcleo esencial [entiéndase por él las características que hacen que las instituciones enunciadas en la Constitución sean lo que son] debe quedar fuera de toda acción legislativa.

Como el lector podrá advertir, el rumbo que decidió seguir el Tribunal lo obligaba a determinar primeramente cuál es el núcleo esencial del matrimonio en el Derecho Español, para enseguida establecer si dentro de él debe entenderse comprendida la heterosexualidad de las parejas que desean contraerlo; sin embargo, optó por un cauce distinto. En vez de ocuparse en determinar el núcleo de la institución o lo que él mismo denominó la *imagen maestra*, dedicó buena parte de su resolución en determinar si la homosexualidad hace tal institución irreconocible para la sociedad española.

⁵ *Ibidem*

Esta pequeña variación en cuanto a la forma de abordar el asunto le permitió al Tribunal dejar de lado el análisis preliminar que correspondía para justificar adecuadamente la resolución, me refiero al que respondería un par de preguntas que por ningún motivo debieron obviarse: ¿Qué demos entender por núcleo esencial de una institución? y ¿Quién o qué lo define? El Tribunal, sin atender en algún momento estas interrogantes, se conformó en determinar el grado de aceptabilidad que en España se tiene del matrimonio homosexual y entonces dirigió su esfuerzo hacia la respuesta de tal incógnita.

El Tribunal afirmó que *la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando* y sustentó esa conclusión únicamente en los siguientes razonamientos: a) en los últimos años el Derecho comparado ha venido equiparando el matrimonio homosexual al matrimonio heterosexual; y, b) hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo. El Tribunal se refería a la encuesta practicada en junio de dos mil cuatro por el Centro de Investigaciones Sociológicas; en dicha encuesta el 66% de los entrevistados afirmaron que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio.

Los razonamientos anteriores le permitieron al Tribunal concluir que el matrimonio entre parejas homosexuales, es reconocido y aceptado por la comunidad internacional al igual que por la sociedad española, de tal manera que en su concepción, *la imagen jurídica de esa institución, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto sexo*. Así, a juicio del Tribunal Constitucional la ley 13/2005 desarrolla la institución del matrimonio sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de ella se tiene en la sociedad española contemporánea, de manera que no puede tacharse de inconstitucional.

A partir de la línea discursiva anterior, el Tribunal concluyó que la preferencia sexual de los cónyuges, sea heterosexual u homosexual, no deforma la institución del matrimonio; lo que es igual a afirmar que la heterosexualidad no es un elemento relevante en la imagen maestra que de esta figura jurídica tiene la sociedad española contemporánea; es decir, no es una característica definitoria sino concomitante.

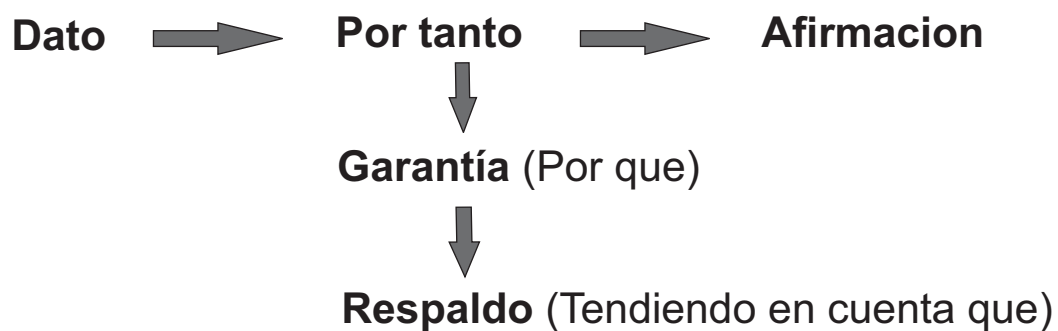
⁶ Véase sentencia del Tribunal Español, hoja 44 tercer párrafo. <http://blogs.ua.es/espanyadoxa/>

⁷ *Ibidem*

⁸ *Ibid*

De lo expuesto hasta aquí, puede inferirse que para ese órgano jurisdiccional, hay una serie de elementos configurativos de la institución matrimonial que permiten reconocerla incluso después de la ley 13/2005; es decir, para el Tribunal, el matrimonio tiene una esencia, la cual fue respetada por el legislador ordinario, de tal manera que aunque modificó significativamente su concepción legal, no generó una figura jurídica nueva, que no existiese antes de la reforma.

Siguiendo el modelo de Stephen Toulmin en cuanto al esquema de los argumentos, la sentencia del Tribunal Constitucional puede reconstruirse de la siguiente manera, en donde la afirmación, es la conclusión que ese órgano jurisdiccional trata de establecer; el dato, es la justificación de lo concluido; la garantía, es el razonamiento que permite mostrar cómo a partir de los datos es posible pasar a la conclusión de manera lógica y por último, el respaldo, que no es otra cosa mas que uno o varios enunciados categóricos sobre hechos, que son útiles para apoyar la afirmación:



Los elementos del esquema en la sentencia serían los siguientes:

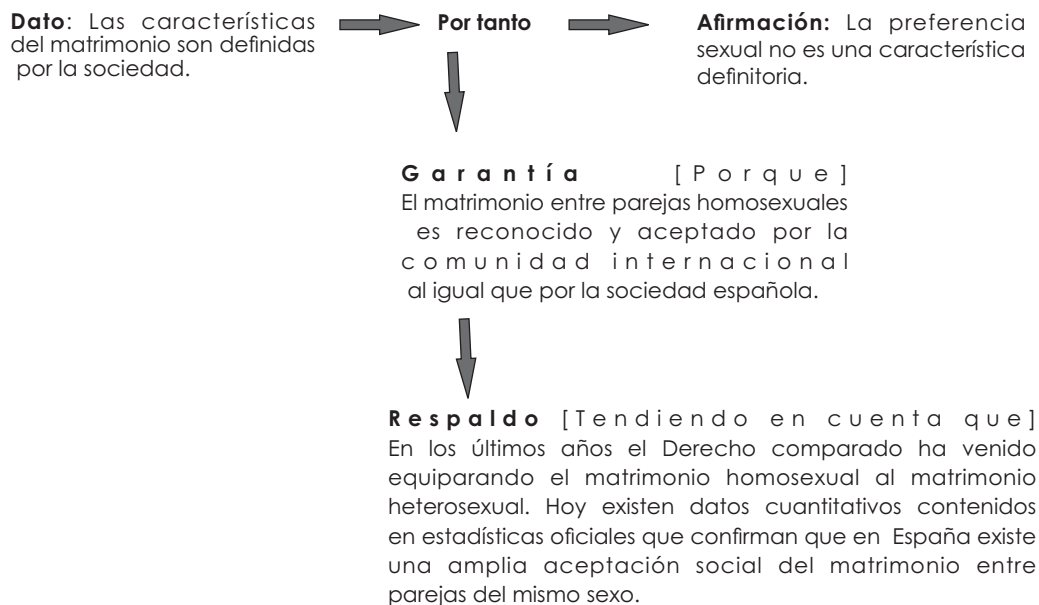
1. Dato: Las características definitorias del matrimonio son determinadas por la sociedad contemporánea española.

2. Afirmación: Una de esas características definitorias, no es la preferencia sexual de los cónyuges; es decir, el matrimonio es la unión de dos personas sin importar su sexualidad.

3. Garantía: el matrimonio entre parejas homosexuales, es reconocido y aceptado por la comunidad internacional al igual que por la sociedad española.

4. Respaldo: en los últimos años el Derecho comparado ha venido equiparando el matrimonio homosexual al matrimonio heterosexual. Hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

En términos de la sentencia, el esquema quedaría de la siguiente manera:



Lo primero que pone en evidencia el esquema anterior, es que la Sentencia del Tribunal Constitucional está sustentada en una falacia, en tanto ni la garantía ni el respaldo permiten pasar de los datos a la afirmación de manera lógica. Del hecho que la sociedad española acepte el matrimonio homosexual, no se puede deducir, como lo hace ese órgano jurisdiccional, que en la concepción de los españoles, la preferencia sexual de la pareja es irrelevante como nota distintiva de la institución.

Una cosa es sostener que la sociedad española contemporánea acepta que se dote a los homosexuales del derecho a contraer matrimonio y otra muy distinta el afirmar que en el concepto que esa misma sociedad tiene del matrimonio, la preferencia sexual es un elemento concomitante.

Si se analiza la encuesta que citó el Tribunal para robustecer sus razonamientos, puede observarse que, los entrevistados, no afirmaron que la heterosexualidad es un elemento definitorio del matrimonio, respondieron, en un 66%, que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio; aspectos relacionados pero no iguales.

Es probable que si la encuesta se hubiera modificado con la intención de inquirir sobre la concepción que los españoles tienen del matrimonio, el resultado hubiera sido distinto. Es probable que incluso la comunidad homosexual de ese país hubiera aceptado que el concepto tradicional de matrimonio tiene como nota esencial la unión de un hombre y una mujer, aunque al mismo tiempo, como sería normal, esa comunidad haya sido la principal promotora para que el derecho a contraer matrimonio les sea reconocido.

Aceptar por un lado, el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio, y reconocer por otro, que el matrimonio tradicionalmente se ha venido concibiendo como la unión de un hombre y una mujer, no implica caer en una contradicción; estas posturas no se excluyen una de otra, incluso pueden llegar a complementarse.

Para refutar lo afirmado hasta aquí podría sostenerse que la intención del Tribunal era adecuar la institución matrimonial a la nueva realidad social que se viene en España y que por ello, se preocupó por establecer cuál era esa nueva realidad a partir de lo que los españoles aceptan y desean.

El problema es que ese órgano jurisdiccional no planteó el problema de esta manera. El Tribunal en ningún momento señaló que para resolver el litigio debía determinarse el grado de aceptación del matrimonio homosexual en la sociedad española, para, a partir de ahí, darle un contenido u otro a la Constitución. Lejos de esto en todo momento afirmó, que la institución matrimonial tiene una serie de características esenciales enunciadas en la Constitución de manera implícita o expresamente, que deben respetarse por el legislador ordinario, y que por lo tanto, lo que se debía determinar, era si dentro de tales características se encontraba la preferencia sexual de los cónyuges.

Se puede entender la postura del Tribunal en el hecho de que desde el punto de vista de la política judicial, naturalmente es mucho menos controvertible sostener que el matrimonio tiene una esencia que debe respetarse por el legislador ordinario, a afirmar que tal institución debe dotarse de contenido a partir de la moral social dominante en una comunidad. Sin duda genera menos críticas por parte de la comunidad jurídica de una Nación, una resolución en la que se apele a la naturaleza de las cosas, a otra en la que se sostenga que el Derecho debe interpretarse a partir de lo que agrada o convenga a la mayoría.

Por eso el Tribunal Constitucional presentó su resolución como la averiguación de la esencia del matrimonio, de su imagen maestra, y no, como un juego de poder en donde el resultado lo terminaría determinando lo aceptado y querido por el mayor número de personas.

El Tribunal intentó mezclar la concepción de la institución matrimonial con la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo, tratando con ello, salir bien librado del frente que se le abriría ante la comunidad, si hubiera argumentado que la Constitución es una veleta cuyo movimiento lo define el interés de la mayoría.

Por ello, argumentó que la preferencia sexual de los cónyuges no es una característica definitoria del matrimonio, es decir, que no forma parte de su naturaleza jurídica, en lugar de señalar, lo que sin decirlo terminó concluyendo: que el matrimonio homosexual no es contrario a la Constitución, por la sencilla razón de que los españoles, en su mayoría, desean que así sea.

Lo paradójico que hay en todo esto, es que afirmar que una institución es lo que es porque así lo ha decidido la moral social dominante suele ser impopular pero verdadero; en cambio, argumentar que una institución es lo que es según su esencia intrínseca [cuestión que supone un problema de carácter metafísico], es popular pero falso, en tanto no existe algo así como la esencia o la naturaleza jurídica de las cosas. Muy atinadamente señala Carrió, que las afanosas pesquisas de los juristas por descubrir la naturaleza jurídica de tal o cual institución, están de antemano destinadas al fracaso, entre otras razones porque lo que se busca no existe.

Lo anterior explica por qué los órganos jurisdiccionales [como en este caso el Tribunal Constitucional Español], suelen afirmar que la concepción que proponen de una institución jurídica no es estipulativa; es decir, que no fue determinada en base a una costumbre lingüística; para ser claros, que no es una mera invención convencional; si así lo hicieran, dudosamente persuadirían a su auditorio, cuestión que les preocupa de sobre manera. Al contrario, son propensos a afirmar que, de algún modo, el significado que proponen para una institución o figura jurídica *estaba allí para ser desentrañado por quien fuese sensible a ciertas evidencias de una realidad trascendente*.

Y es que si se analiza con detalle, apelar a la esencia de las cosas suele ser muy útil en una estrategia persuasiva, toda vez que como no hay nada que determine cuál es esa esencia, un Tribunal puede fácilmente incluir en lo que considera la constituye, todo, o casi todo.

¹⁰ Genaro R. Carrió, Notas sobre Derecho y Lenguaje, página 99.

¹¹ Ricardo Guibourg y otros, Introducción al conocimiento científico, página 78.

Así lo hizo el Tribunal Constitucional Español; determinó que la preferencia sexual de los cónyuges no es una característica definitoria del matrimonio, pero no dio un solo argumento para sostener esto, y no lo hizo porque en estos casos no hay nada que pueda argumentarse, debido a que aseveraciones como: por matrimonio debemos entender la unión de una pareja sin importar su preferencia sexual, dan lugar a problemas relacionadas con el uso de las palabras y no con un hecho o fenómeno social.

A esto Genaro R. Carrió denomina un pseudo-desacuerdo de hecho en torno a proposiciones analíticas; este autor afirma que enunciados como el anterior, *no pueden ser refutados alegando hechos en contrario, por la sencilla razón de que no son aseveraciones de hecho [...] no suministran ninguna información sobre fenómenos del mundo.*

Estos problemas son insolubles si se les plantea de esta manera, porque su solución no depende de la realidad ni de la naturaleza sino de ciertas decisiones clasificatorias y lingüísticas.

Por ejemplo, discutir sobre qué es el matrimonio, no es lo mismo que discutir sobre la conveniencia de aceptar el matrimonio entre personas del mismo sexo; mientras aquello es un problema de palabras, del uso que se le da a un determinado vocablo [en el ejemplo a la palabra matrimonio]; esto, en cambio, es una cuestión de hecho, en tanto daría lugar a determinar los efectos que en un determinado contexto social produce dotar a los homosexuales del derecho a contraer matrimonio. Vaz Ferreira explica la deferencia entre cuestiones de hecho y cuestiones de palabras con el siguiente ejemplo:

Hace algún tiempo, dos personas que habían sostenido una discusión, me pidieron opinión sobre ella. La cuestión era la siguiente: si un grabador es o no un artista. Uno de los que discutían, sostenía que el grabador no es un artista y decía: Los verdaderos artistas, son los literatos, los músicos, los pintores, los escultores; la función del grabador es demasiado subalterna, demasiado inferior; el grabador no es realmente un artista. Y respondía el otro: reconozco, sin duda que el arte del grabador no es tan difícil ni tan elevado como la pintura o la música; pero es siempre un arte: participa de los mismos caracteres de los otros, aunque si se quiere, en menor grado [...] Ahora bien; para analizar estas cuestiones y saber si son de hecho o de palabras, nosotros debemos hacer lo siguiente: preguntarnos si lo que discuten admiten o no los mismos hechos. Por

12 *Ibidem*

13 Ricardo Guibourg y otros, *Introducción al conocimiento científico*, página 40

14 Vaz Ferreira, *Cuestiones de Palabras y Cuestiones de Hecho*, páginas 35 y 36

ejemplo: el que sostiene que el grabador es artista, y el que sostiene que el grabador no es un artista ¿difieren sobre lo que hace el grabador? Indudablemente que no. Los dos admiten lo mismo sobre cómo trabaja el grabador, sobre qué hace y cómo lo hace: totalmente lo mismo. ¿En que difieren? En saber si al que hace eso, se le debe o no llamar artista. Eso dependerá de la significación que se dé a la palabra artista; es una cuestión de palabras: puramente de palabras.

Así, cuando se afirma que el matrimonio es tal cosa y no otra, lo que en realidad se está expresando es que el criterio de uso del vocablo matrimonio se utiliza en un determinado sentido y no en otro; es decir, que una comunidad, que comparte una misma costumbre lingüística, ha decidido llamar matrimonio a cierto fenómeno social en exclusión de otro u otros. Por eso cuando definimos un objeto no aprendemos algo de él, sino de cierta costumbre lingüística.

Cuando se afirma que una puerta es un trozo de metal o madera que sirve como vía de acceso a algún lugar, no se está definiendo su esencia, aunque a veces eso parezca, lo que en realidad se está haciendo es determinar cuales son los criterios de uso del vocablo puerta, las características definitorias de su concepto simplemente. De esto se sigue que cuando se afirma que el matrimonio es la unión de dos personas sin importar su preferencia sexual, no se está describiendo la esencia o naturaleza jurídica de esa institución [si por esencia entendemos una realidad intrínseca], lo que se hace es enunciar las características que consideramos relevantes para asignar a un fenómeno social la denominación de matrimonio.

Desde esa perspectiva cabe la posibilidad de argumentar acerca de la ventaja de llamar matrimonio a tal fenómeno social en lugar de otro, mientras que discutir si el matrimonio es en realidad un fenómeno y no otro carece de todo sentido.

Las palabras no tienen definiciones reales o verdaderas, las cosas las llamamos de un modo y no de otro porque así decidimos hacerlo; de tal manera que lo que hoy denominados de una forma, mañana lo haremos de otra sin que el objeto, ente o fenómeno al que nos referamos cambie por ese solo hecho.

Pero el problema no acaba aquí; cuando se afirma que el matrimonio es tal cosa y no otra, no se define ese fenómeno social, lo que se hace es indicar el modo de uso de la palabra matrimonio. De manera que argumentar en esos términos constituye una tautología, aunque en ocasiones no se aprecie con claridad; lo cual da lugar a falacias de petición de principio como la siguiente: *El agua es indispensable para nuestra vida porque sin ella no podemos vivir.*

Se comete este tipo de falacias cuando se trata de probar la conclusión con la conclusión misma. Aunque no es un error de la deducción, en tanto todo lo que se afirma en las premisas puede repetirse en la conclusión, sí es un defecto argumentativo, toda vez que lo que hacemos es probar algo desconocido a partir de algo desconocido; cuando lo que debiéramos hacer es probar algo desconocido a partir de algo conocido y aceptado por el interlocutor.

Si entendemos esto, podemos fácilmente advertir que, cuando el Tribunal afirmó que por matrimonio debemos entender la unión de una pareja sin importar su preferencia sexual debido a que así concibe el matrimonio la sociedad contemporánea española; nos está diciendo algo como: las uniones de homosexuales se conciben como matrimonio, porque se conceptualizan como matrimonio.

Desde esa perspectiva puede notarse el poco peso de ese razonamiento, en tanto no hay una garantía o respaldo que sustente la afirmación; como antes se dijo, se trata de probar la conclusión con la conclusión misma. Esto se debe a que en estos casos no caben juicios categóricos sobre hechos, justamente porque no estamos ante la presencia de una cuestión de hechos, sino ante un problema de palabras, del uso que una determinada comunidad lingüística le da a un vocablo.

De lo anterior se colige, que el Tribunal Constitucional dictó su resolución sin que en su núcleo incluyera un solo argumento; buscó la esencia del matrimonio y se conformó simplemente con un concepto; sin medida razonó en función de una falacia formal y otra informal; sin embargo, como todo fue recubierto con un barniz que apelaba a la naturaleza de las cosas, ninguna de esas inconsistencias quedó expuesta de forma evidente.

Por eso los abogados debemos acercáramos de una buena vez a la teoría y práctica de la argumentación jurídica; saber construir un argumento y detectar uno falaz hoy en día es fundamental; de otro modo, como antes se dijo, continuaremos navegando en tempestades que nosotros mismos generamos, y lo que es peor, sin que nos demos cuenta.

José Mario Charles Garza
Secretario de Acuerdos adscrito a la Tercera Sala del Tribunal

¹⁵Para profundizar sobre el tema véase el libro Argumentación y Lenguaje Jurídico. Fernández Ruiz Graciela. Universidad Autónoma de Baja California, primera edición. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3016>

**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE
BAJA CALIFORNIA.**

INTEGRACIÓN

PLENO

LIC. ALBERTO LOAIZA MARTÍNEZ
MAGISTRADO PRESIDENTE

LIC. MARTHA IRENE SOLENO ESCOBAR
MAGISTRADA NUMERARIA

LIC. CARLOS RODOLFO MONTERO VÁZQUEZ
MAGISTRADO NUMERARIO TITULAR DE LA
PRIMERA SALA

SALAS

LIC. CARLOS RODOLFO MONTERO VÁZQUEZ
MAGISTRADO NUMERARIO TITULAR DE LA
PRIMERA SALA

LIC. FLORA ARGUILÉS ROBERT
MAGISTRADA SUPERNUMERARIA TITULAR DE
LA SEGUNDA SALA.

LIC. ROBERTO ALFONSO VIDRIO RODRÍGUEZ
MAGISTRADO SUPERNUMERARIO TITULAR DE
LA TERCERA SALA.

LIC. CLAUDIA CAROLINA GÓMEZ TORRES
SECRETARIA GENERAL DE ACUERDOS

C.P. BEATRIZ LUNA MENDÍVIL
JEFA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA

Publicación Cuatrimestral, año 25, número 40 Publicación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California. La edición consta de 400 ejemplares de distribución gratuita.

**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE
BAJA CALIFORNIA**

PRIMERA SALA

AVE. CARPINTEROS Y CALLE "H" #1598
COL. INDUSTRIAL
MEXICALI, B.C.
TELS. Y FAX (01-686) 557-25-80 Y 557-25-20

SEGUNDA SALA

CALLE SACRAMENTO O AVENIDA DE LAS GARDENIAS,
NUMERO 4208, FRACCIONAMIENTO LAS PALMAS
TIJUANA, B.C.
TEL Y FAX (01-664) 971-01-45 Y 971-01-46

TERCERA SALA

CALLE 11 ESQ. RYERSON #297
ZONA CENTRO
TEL Y FAX (01-646) 178-61-06 Y 178-61-09
ENSENADA, B.C.