

Diez patologías formalistas en la cultura jurídica mexicana. Tras los pasos de M. Atienza

Ten Formalistic Pathologies in the Mexican Legal culture. About the Theses of M. Atienza

Roberto Lara Chagoyán

Autor:

Roberto Lara Chagoyán
Tecnológico de Monterrey, México
<https://orcid.org/0000-0003-1692-8826>
rlarac@tec.mx

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

Citar como:

Lara Chagoyán, Roberto (2023). Diez patologías formalistas en la cultura jurídica mexicana. Tras los pasos de M. Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 225-242. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.13>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Roberto Lara Chagoyán

Resumen

En este trabajo se aborda el problema del formalismo jurídico, a partir de tres nociones teóricas: como racionalidad formal, como concepción del Derecho y como comportamiento ritualista de los operadores jurídicos, que aparecen en la obra de M. Atienza. A partir de la experiencia jurídica mexicana, se exponen diez patologías formalistas que surgen de la combinación del activismo judicial con algunas de las nociones de formalismo propuestas por el autor.

Palabras clave: formalismo jurídico, activismo judicial, sustantivismo, comportamiento ritualista, juicio de amparo.

Abstract

According to Manuel Atienza, «legal formalism» expresses three theoretical meanings. First, as formal rationality; second, as a conception of Law; and finally, as ritualistic behavior of legal operators. Then, I describe ten examples that I consider paradigmatic of a formalistic way of thinking which I call pathologies in Mexican legal practice, arising from a combination of both judicial activism and ritualistic behaviors widely described in Atienza's *opus*.

Keywords: legal formalism, judicial activism, substantivism, ritualistic behavior, amparo.

1. INTRODUCCIÓN

Mi propósito en este trabajo es mostrar que, al intentar promover la dimensión valorativa del Derecho, los legisladores, jueces y académicos mexicanos hemos elegido, de forma más o menos inconsciente, el único modo de hacer Derecho que, quizás, conocemos: el formalismo jurídico. Dicho de forma sencilla: o bien hemos intentado formalizar rígidamente el antiformalismo, o bien hemos buscado combatir el formalismo con más formalismo. Para ello, utilizo tres nociones de formalismo de Manuel Atienza: como racionalidad formal, como concepción del Derecho y como comportamiento ritualista. La primera y la tercera se identifican, respectivamente, con una característica inherente al Derecho y con un comportamiento desviado de los operadores jurídicos; la segunda es ambigua porque, en la obra del autor, a veces se identifica con la racionalidad y otras con la desviación.

Sostendré centralmente que los comportamientos típicamente ritualistas son el resultado de una mezcla de factores tales como: una mala legislación, una jurisprudencia que reproduce actitudes formalistas, una enseñanza del Derecho que no está a la altura de las exigencias del Estado Constitucional, una práctica jurídica que desatiende los fines y se concentra en los medios, y ciertas actitudes activistas impulsadas por un exceso de buenas intenciones. He detectado diez de estos comportamientos que aquí he llamado patologías formalistas.

Manuel Atienza es, ante todo, un incansable constructor de ideas y de personas. Su obra no se agota en su prolífica producción escrita, sino que se extiende a través de todos aquellos a quienes ha formado. No existen palabras para agradecer lo suficiente a quien nos ha enseñado a pensar mejor y a tener la convicción de que el Derecho puede transformar, para bien, a la sociedad, si es que se lo entiende de forma adecuada. Este reconocimiento lo extiendo también al resto de los integrantes del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y a todos los condiscípulos de nuestro querido maestro.

1. TRES NOCIONES DE FORMALISMO

1.1. Formalismo como racionalidad formal o legalismo

Para Manuel Atienza el formalismo es un elemento consustancial del Derecho que viene a coincidir con la idea de racionalidad formal de Max Weber, que implica que la actividad del jurista se conduce dentro de ciertos límites institucionales o autoritativos. De acuerdo con esta característica, el jurista se mueve dentro de un marco constituido por *reglas* que funcionan como razones excluyentes o perentorias, que evitan a quien las aplica llevar a cabo deliberaciones de tipo moral o político. El formalismo, así

entendido, no ofrece ningún problema para Manuel Atienza, ya que sencillamente se trata de una cualidad inherente al Derecho.¹

1.2. Formalismo como concepción del Derecho

Se trata, según Atienza, de una desviación o exageración de alguno de los componentes del Derecho visto desde el modelo positivista. El autor hace referencia los tres formalismos históricos del siglo XIX: el conceptual, asociado a la escuela histórica alemana; el legal, relacionado con la escuela francesa de la exégesis; y el jurisprudencial derivado de la jurisprudencia inglesa. Esta aproximación al Derecho se caracterizaría «...por la tendencia a la simplificación de las operaciones de aplicación e interpretación del Derecho. Como dirían Hart o Carrió: por no ver los casos de la penumbra, los casos difíciles, y tratar a todos ellos como si fueran casos fáciles» (Atienza, 2006, pp. 26 y 27).²

1.3. Formalismo como comportamiento ritualista

De acuerdo con esta acepción, los operadores jurídicos, especialmente los jueces, parecen sentirse vinculados exclusivamente por el texto de las normas jurídicas vigentes, y no, también, por las razones subyacentes a estas. Para Atienza, este sería un comportamiento ritualista porque, como se verá en los ejemplos a los que más adelante me referiré, algunos operadores jurídicos podrían tomar decisiones claramente no

1. Esta acepción se puede encontrar en *Introducción al Derecho*, de 1985, en la que el autor predica el formalismo de la ciencia jurídica, la cual debe estar organizada lógicamente y sistemáticamente para que los que la aplican no tengan que incorporar aspectos de carácter sociológico, psicológico o ético (Atienza, 1985, p. 208). En *El sentido del Derecho*, de 2001, el autor se refiere a esta misma noción, pero ahora la predica del Derecho mismo (Atienza, 2001, p. 276). En *El Derecho como argumentación*, de 2006, identifica al formalismo como «legalismo» (Atienza, 2006, p. 25). En «Cómo desenmascarar a un formalista», sostiene que el Derecho es un fenómeno de autoridad, en el que las razones formales tienen una importancia que, por ejemplo, no le da la moral (Atienza, 2011, p. 199). En el *Curso de argumentación jurídica*, de 2013, reitera esta noción, y agrega que, así entendido, no habría ninguna razón para oponerse al él (Atienza, 2013, p. 23).

2. En *El sentido del Derecho* establece como notas características de esta concepción, las siguientes: 1) completitud y coherencia de los sistemas jurídicos; 2) creación del Derecho sólo por los legisladores; 3) el carácter esencialmente estático del Derecho; 4) reglas generales como componentes esenciales; 5) generalidad y abstracción de las normas y conceptos; 6) «lógica interna» de los conceptos que hace innecesario recurrir a elementos extrajurídicos; 7) la subsunción como única posibilidad en el razonamiento; 8) la seguridad jurídica como máximo ideal; 9) la interpretación en sentido descriptivo para evitar la discrecionalidad del intérprete; 10) la adecuación del Derecho a una sociedad en transformación; y 11) el Derecho como un fin en sí mismo, aislado de la política, que prescinde de sus funciones sociales y que excluye la posibilidad de la crítica moral (Atienza, 2001, pp. 277-279). En *El Derecho como argumentación* identifica al formalismo con la ideología (Atienza, 2006, p. 26). Y en el *Curso de argumentación jurídica* señala que se trata de una concepción muy desacreditada en la teoría, pero no en la práctica (Atienza, 2013, p. 23).

justificadas a pesar de que están atrapadas en un texto legal. La práctica del Derecho se convierte, entonces, en un rito, en una liturgia que a menudo desdeña el contexto del caso y los valores a los que el Derecho sirve.³

Hasta aquí las tres distintas nociones de formalismo detectadas en la obra de Manuel Atienza. Al respecto, podríamos decir que en ninguna de ellas hace un uso puramente descriptivo. En cuanto al formalismo como racionalidad formal, considera que resulta una obviedad el hecho de que el Derecho se base en reglas vistas como razones perentorias y excluyentes; nadie en su sano juicio estaría en contra de que en eso básicamente consiste el Derecho. La discusión relevante no es negar esa cualidad inapelable del Derecho, sino determinar si el Derecho en la actualidad, además de racionalidad formal, necesita también una racionalidad de tipo material. Esta valoración se hace más intensa en la segunda noción (formalismo como concepción del Derecho), ya que claramente Atienza no la comparte. Aunque aclara que positivismo y formalismo no son lo mismo (de hecho, afirma que existen positivistas no formalistas) lo cierto es que considera que ni el formalismo ni el positivismo son ofertas teóricas adecuadas para afrontar los retos del paradigma constitucionalista.

Y acerca del formalismo como comportamiento ritualista habría que decir que se trata, ni más ni menos, de uno de los retos o apuestas más relevantes a lo largo de la carrera académica del maestro de Alicante. En este caso la descalificación no es de una teoría o grupo de teorías, sino de una actitud de ciertos operadores jurídicos que se ve reflejada en sentencias, demandas, recursos, etcétera.

2. ALGUNAS COMBINACIONES RELEVANTES

Las tres nociones detectadas suelen confundirse o traslaparse, especialmente cuando se las compara con otras, que también ha tratado Manuel Atienza: el *activismo* de los jueces, por un lado, y la actitud simplemente *activa* que debería adoptar un juez no formalista. El *juez activista* es el que desprecia los límites de lo jurídico y actúa como si el Derecho no fuera una práctica autoritativa (Atienza, 2017, p. 141). En cambio, el *juez activo* sería una especie de «juez argumentativo» que, al tomarse en serio la obligación de fundamentar sus decisiones, acepta que es necesario constreñir su actuación a

3. En «Cómo desenmascarar a un formalista» se refiere al formalismo como una «dolencia que aqueja al Derecho» y como una «enfermedad endémica» de la cultura jurídica latina (Atienza, 2011, p. 199). En *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, de 2013, destaca la que el ritualista da primacía a la interpretación literal de las normas frente a la teleológica o valorativa, y que se desentiende de las consecuencias de las decisiones judiciales (Atienza, 2013a, 123-124). En 2017, en *Filosofía del Derecho y transformación social*, señala que el juez formalista, en oposición al activista –el otro extremo también criticable– es «...el que atiende a únicamente al texto de la ley y no toma en cuenta las razones subyacentes a las normas, de tal manera que se olvida de los fines y valores que caracterizan esa práctica» (Atienza, 2017, p. 141).

aquellos límites que «marcan la diferencia entre lo que es y lo que no es argumentable en el Derecho» (*Ibidem*, p. 142).

Para evitar esos traslapes que sólo causan malentendidos, J. Aguiló aclara que se trata de dos pares de conceptos: el de formalismo y activismo judiciales, por un lado, y el de formalismo y sustantivismo, por el otro.

2.1. Pares oponibles y no oponibles

Se puede afirmar «el juez X es formalista» y «el juez Y es activista» intentando destacar que X es «un juez apegado a la legalidad y desapegado de la constitucionalidad», mientras que Y es «un juez desapegado de la legalidad y apegado a la constitucionalidad» (Aguiló, 2021, p. 34). Si se mira bien, en realidad estos no serían conceptos opuestos, ya que tanto X como Y serían malos jueces, porque uno y otro estarían dejando de lado un componente esencial de lo que el Derecho es: el activista obviaría el imperio de la ley; el formalista, por su parte, estaría sintiéndose vinculado exclusivamente por el texto de las reglas, sin atender a las razones subyacentes a ellas, incurriendo en una actitud ritualista o fetichista ante el texto de la ley.

El segundo par está formado por dos actitudes que sí resultan opuestas: la formalista y la sustantivista. El juez formalista prioriza las razones formales, mientras que el sustantivista lo hace con las razones sustantivas o materiales. Esta oposición es ineliminable porque se trata, en realidad de una combinación de lo que Alf Ross llamó «conciencia jurídica formal» y «conciencia jurídica material». La primera se traduce en la obediencia al Derecho vigente, a partir de la deferencia del juez a las reglas y a una interpretación literalista; mientras que la segunda se traduce en una valoración consciente de las razones (fines y valores) que están detrás de las reglas.⁴ De este modo, el juez ideal no puede prescindir ni del formalismo, así entendido, ni del sustantivismo. Los jueces de carne y hueso que actúan sin desdeñar alguno de estos aspectos estarían dispuestos simplemente a poner más acento en la forma o en la sustancia. El autor compara dos modelos de jueces asociados a estas dos dimensiones: el modelo de Francisco Laporta y el de Manuel Atienza. El siguiente cuadro resume las diferencias:

4. En palabras de Ross: «Puede decirse así que la administración de justicia es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material. La decisión a que se arriba está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa de la conciencia jurídica» (Ross, 1970, p. 134, citado por Aguiló, 2021, p. 36).

Cuadro 1. Modelos de jueces ideales

Variables	Francisco Laporta	Manuel Atienza
Tipo ideal de juez	Deferente	Activo
Conciencia jurídica (Ross)	Formal	Material
Modelo	Reglas	Reglas y principios
Interpretación	Literalismo	Constructivismo
Acento	Formalismo	Sustantivismo

Elaboración propia a partir de Aguiló, 2021, pp. 36 y 37.

Siempre de acuerdo con Aguiló, si comparásemos a dos jueces, uno deferente y otro activo, ambos estarían de acuerdo en identificar los casos fáciles, sin mayores sobresaltos; también identificarían los difíciles, en los que podría haber desacuerdo en cuanto a la toma de la decisión, pero se reconocerían recíprocamente legitimidad para alcanzarla; y también podrían identificar casos de franca desviación judicial asociados al activismo, en el sentido de desapego a la legalidad, o al formalismo en el sentido de desapego a la constitucionalidad. Por otra parte, valiéndose de la conocida clasificación de Merton acerca de la adaptación de los individuos a los grupos sociales⁵, Aguiló asocia los dos pares de conceptos analizados para distinguir las conductas judiciales desviadas de las que no lo son. El siguiente cuadro resume la propuesta del autor:

Cuadro 2. Tipología de jueces

	Conducta desviada	R. K. Merton	Tipo ideal de juez (Atienza/Laporta)	Énfasis en la conciencia jurídica (Ross)
Juez formalista	No	Conforme	Deferente	Formal
Juez sustantivista	No	Conforme	Activo	Material
Juez formalista	Sí	Ritualista	-	-
Juez activista	Sí	Innovador	-	-

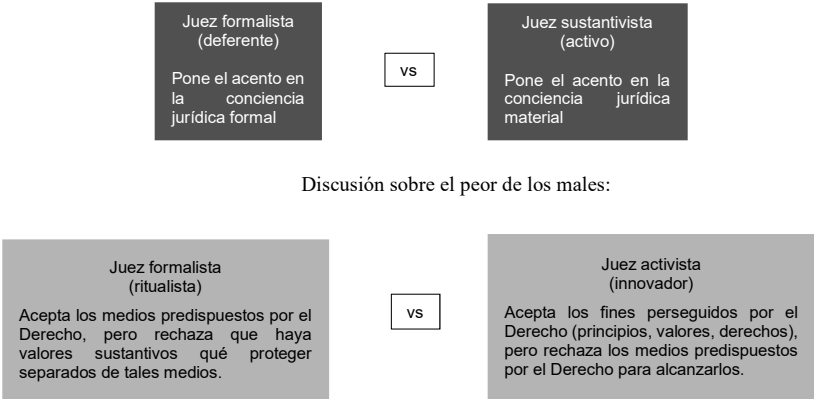
Elaboración propia, a partir de Aguiló, 2021, pp. 39-41.

Cuando se juega con el par «formalista (deferente)-sustantivista (activo)», se entra a una discusión en el terreno de la ética judicial, esto es, en una discusión sobre excelencia

5. De acuerdo con Robert K. Merton, el individuo **conforme** acepta los fines y los medios; el **innovador** acepta los fines pero rechaza los medios; el **ritualista** rechaza los fines pero acepta los medios; el **apático** rechaza tanto los fines como los medios, pero no propone alternativas; y el **rebeld** rechaza tanto los fines como los medios, pero propone fines y medios alternativos (Merton, 1938, pp. 676 y ss., citado por Aguiló, 2021, p. 39).

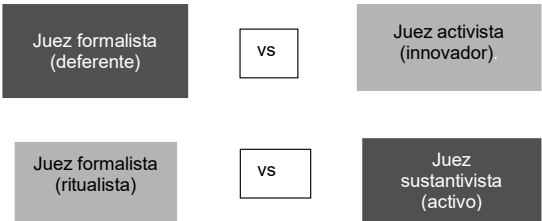
en la impartición de justicia; y cuando se juega con el par «formalista (ritualista)-activista (innovador), la discusión versa sobre cuál de las dos formas de conducta judicial desviada puede ser más perjudicial o cuál de los dos vicios es más común en un determinado país.

Cuadro 3. Tipos de discusiones



Por eso –nos dice Aguiló– oponer de forma descuidada un modelo de juez formalista (en el sentido de deferente) a uno *activista*, y oponer, también de forma descuidada, un modelo de juez sustantivista a otro ritualista, sencillamente carece de interés, ya que quien discutiera en cada uno de esos supuestos lo haría contra un hombre de paja, pues estaría enfrentando un modelo ideal de juez contra una conducta desviada:

Cuadro 4. Discusiones basadas en la falacia del hombre de paja



2.2. ¿Dos o tres nociones de formalismo?

Si cruzamos la clasificación de Atienza con el análisis de Aguiló, tendríamos como resultado que la primera acepción (racionalidad formal) está relacionada con la idea de conciencia jurídica formal de Ross, que pondría en práctica un juez deferente, en el sentido de Laporta; mientras que la tercera (comportamiento ritualista) se identifica

con una conducta judicial desviada. Sin embargo, no queda claro cómo clasificar en el esquema de Aguiló la noción de formalismo como concepción del Derecho. Sólo caben dos posibilidades: 1) considerar que las nociones de formalismo como racionalidad formal, y como concepción del Derecho, son en realidad una sola; o bien, 2) que las nociones de formalismo como concepción del Derecho, y como comportamiento ritualista son una misma cosa. En cualquiera de los dos escenarios estaríamos reduciendo a dos las nociones de formalismo de Manuel Atienza (de hecho, a lo largo de su obra, él nunca se refiere a tres, sino a dos).

Esta disyunción es problemática, por no decir, dilemática, ya que si se opta por la primera posibilidad, se estaría afirmando que el formalismo legal, el formalismo conceptual y el formalismo jurisprudencial serían meras manifestaciones de la racionalidad formal a la que se refería Max Weber. De este modo, dado que Atienza no se opone en absoluto a ese tipo de racionalidad, porque la considera como un elemento consubstancial al Derecho, entonces tampoco tendría razones para oponerse a cierto tipo de positivismo de corte formalista. Sin embargo, no podemos olvidar los constantes llamados del autor a «dejar atrás el positivismo» (Atienza y Ruiz Manero, 2007). Por otra parte, si se opta por identificar el formalismo como concepción con el comportamiento ritualista, se estaría afirmando que el ritualismo no sólo se predica del comportamiento desviado de ciertos jueces, sino también de cierto tipo de positivismo. ¿Atienza aceptaría que cierto tipo de positivismo es ritualista?

Atienza reprueba las versiones 2 y 3 del formalismo, aunque por diferentes razones. Al formalismo como concepción lo ataca porque ofrece una perspectiva limitada y parcial del fenómeno jurídico, de lo cual son responsables los teóricos que defienden ese tipo de posturas. Y al formalismo como comportamiento ritualista lo ataca porque demuestra una actitud poco comprometida con la defensa de los valores constitucionales y especialmente una concepción pobre de la motivación de las decisiones, de lo cual son responsables ciertos operadores jurídicos —especialmente jueces— que hacen de la práctica del Derecho un culto basado en el texto de la ley.

3. DIEZ PATOLOGÍAS FORMALISTAS EN LA CULTURA JURÍDICA MEXICANA

Lo anterior me lleva a pensar que si bien el formalismo, como concepción del Derecho, no condiciona el ritualismo, sí lo favorece. Sin embargo, para incurrir en él, se requiere, además la conjugación dos o más de las siguientes variables: una legislación deficiente, una jurisprudencia que reproduce actitudes formalistas, una enseñanza del Derecho orientada en exclusiva por los textos legales, una práctica jurídica que desatiende los fines y se concentra en los medios, y ciertas actitudes activistas. Estos factores producen distintas patologías formalistas. Logré detectar diez de ellas en la práctica jurídica mexicana.

I) La tergiversación de los principios

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 es, sin duda, la más relevante en las últimas décadas. Uno de los fines perseguidos por el Poder Reformador fue buscar que los jueces miraran más al territorio de la constitucionalidad que al de la legalidad⁶, es decir, combatir el mal formalismo, que seguía presente, a pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se había convertido en un tribunal constitucional desde 1994. Por ello, ante la cerrazón de ese tipo de jurista que no está dispuesto a hacer nada si no se lo ordena expresamente un texto, se consideró que era necesario positivizar el antiformalismo mediante, por ejemplo, la obligación de ponderar en todos los casos a partir del principio *pro persona*, como si de reglas se tratara. Aunque la reforma constitucional trajo grandes beneficios, no se puede negar que, paradójicamente, también despertó una furia formalista que, en ocasiones, ha generado actitudes innovadoras de los jueces. Así, por ejemplo, el control de convencionalidad *ex officio* se fundió con un modelo de control difuso de constitucionalidad, habiéndose establecido para ello reglas estrictas [Tesis P. LXVII/2011 (9a.)]; y se elevó a la categoría de derecho humano el principio *pro persona* [Tesis VII.2o.C.5 K (10a.)]. De este modo, al buscar combatir el formalismo, se sigue poniendo atención en los medios para combatirlo (los principios) pero se dejan a un lado los fines y propósitos del combate: una argumentación jurídica orientada por la justificación de las decisiones.

II) La reforma en materia penal atada por el formalismo de la Ley de Amparo

Históricamente, el sistema de justicia penal en México ha estado marcado por altos niveles de impunidad y de corrupción, así como a la falta de políticas públicas adecuadas y a una raquítica inyección de recursos a las fiscalías, que impiden que el debido proceso realmente se respete. En 2008 se intentó cambiar esta realidad mediante la instauración de un sistema penal acusatorio, oral, con audiencias públicas que se celebran obligatoriamente ante un juez de control. Sin embargo, esta reforma no ha sido suficiente para paliar esos terribles vicios. Un factor que impide el avance es que la reforma penal no fue acompañada de una reforma al juicio de amparo, que sigue siendo escrito y ultra formalizado (*Infra* § III), con lo cual, el propio sistema se auto sabotea.

Como ejemplo, podemos citar un caso en el que la SCJN determinó que, al dictar auto de vinculación a proceso, el juez de control puede reclasificar un hecho delictivo aun cuando con ello se agrave la situación del acusado. De acuerdo con la reforma penal de 2008, el juez de control no puede agravar la situación jurídica del imputado, porque ello no es compatible con el principio acusatorio del proceso penal, ya que el

6. La metáfora es de F. Laporta. La utilizó al discutir con Atienza acerca del constitucionalismo (Atienza, 2021, p. 29).

juzgador no puede impulsar la persecución de los delitos, sino que debe limitarse a decidir las cuestiones que se le plantean. No obstante, para la SCJN, cuando un juez de control reclasifica y agrava un hecho delictivo no realiza funciones de acusación, porque es necesario que exista una correspondencia entre la hipótesis fáctica que formula el fiscal y la decisión del juez de control. La razón de esta determinación es que el juicio de amparo debe garantizar el equilibrio entre las partes en el proceso penal, por lo que se justifica la posibilidad de reclasificar el hecho delictivo en un tipo más grave para no generar impunidad (CT 190/2019, p. 44). Obsérvese cómo, con este tipo de decisiones, el juicio de amparo, tremendamente formalista, frena los alcances de un sistema de justicia penal que fue pensado para ser coherente con el paradigma constitucionalista.

III) El juicio de amparo: un molde formalista para la defensa de derechos

La ley de amparo fue reformada en 2013, con el fin de ajustarla a las exigencias del constitucionalismo, como hecho. Sin embargo, la reforma se quedó corta y no ha cumplido las expectativas generadas por las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo de 2011. El amparo continúa siendo farragoso, elitista, formalista y fuertemente condicionado por su herencia histórica porque siempre ha operado como canal de supervisión del cumplimiento de la legalidad ordinaria (Pou, 2014, p. 92).

Una comunidad indígena, por ejemplo, intentó un amparo por violación al derecho a la consulta previa, tras la concesión que la autoridad otorgó a una empresa privada para explotar las aguas de los ríos Tezeyacapa y Jalacingo, en el Estado de Veracruz, para generación de energía eléctrica (Sentencia 1697/2014). El amparo fue negado. En la sentencia se reconoce que la concesión tendrá un impacto ambiental, pero se determinó que en todo caso no afectaría a los quejosos porque no quedó demostrado que sus domicilios estuvieran ubicados dentro del radio de afectación. El juez no tomó en cuenta que los domicilios de los indígenas no tienen las características ordinarias: nombre de la calle, número visible en la vivienda, etcétera; sus viviendas se identifican a partir de árboles conocidos, arroyos, subidas, bajadas, etcétera. En la sentencia se afirma que, dado que en las credenciales para votar de los quejosos sólo aparece la localidad o el municipio donde habitan («Epapa, Municipio de Jalacingo», «El Arco», «El Mohón» y «Municipio de Huetamalco»), pero no un número preciso de los edificios correspondientes, entonces no se puede determinar que estuvieran ubicados en el radio de afectación de las obras y, por ende, resultaba irrelevante la consulta previa. Como se ve, la ley de amparo, excesivamente formalista, impide que los jueces vean que detrás de la letra de la ley existen razones subyacentes.

IV). El formalismo jurídico está enquistado en todas las profesiones jurídicas

Durante el siglo xx el estudio y la práctica del Derecho se han caracterizado por tres factores (Cortez, 2018): 1) el nacionalismo jurídico, combinado con un estilo formalista, ligado al positivismo jurídico, incrementado en los años sesenta con influencia de la obra de Kelsen; se caracterizó por «mexicanizar» la literatura jurídica y reivindicar el amparo como la institución jurídica que da el sello de identidad del Derecho en México; 2) la enseñanza mediante la toma apuntes (sirviéndose incluso de mecanógrafas) de los alumnos que, a la postre, se convertían en libros de Derecho acrílicos y ajenos a las sentencias o la jurisprudencia, con lo cual la reverencia al texto escrito de la ley se asentaba cada vez más; además, los libros se escribían como si los artículos constitucionales no necesitaran interpretaciones; y 3) la «trivialización del estudio de la Constitución», derivada de una concepción política (y no normativa) de la misma. Con lo anterior, quedó listo el caldo de cultivo para el formalismo.

No fue sino hasta los años noventa del s. xx cuando se inició un incipiente cambio, primero, en instituciones educativas como el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM o el ITAM, y más tarde, en el Tribunal Electoral y en la SCJN. Consecuentemente, y dado que los juristas mexicanos se formaron durante gran parte del siglo xx en la tradición formalista del Derecho, no resulta extraño que quienes trabajaron como asesores en los congresos federal y locales, o como jueces federales y locales, o como funcionarios públicos en los tres niveles de gobierno hubieran hecho las cosas –sentencias, autorizaciones, contratos, dictámenes, iniciativas de ley, minutas, etcétera– siempre con la horma del formalismo. Por ello, al implementar cambios legislativos o constitucionales, políticas públicas, códigos de ética o manuales de redacción de sentencias, se nota la impronta formalista. Así, por ejemplo, la Corte instituyó, entre el 2011 y el 2015, el *Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción de la Ética Judicial*, en el que se tramitaban, a la manera formalizada de un proceso jurisdiccional, expedientes sobre violaciones al Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, donde los acusados de violar el Código de Ética eran «procesados y sentenciados». Se trató de un intento fallido de formalizar las virtudes judiciales.

V) La desaparición forzada de personas agravada por el formalismo

Una de las crisis sociales por las que atraviesa México es la desaparición forzada de personas. En este año (2022) alcanzamos la alarmante cifra de 100,000 casos, desde 1964. A pesar de que para estos casos el amparo prevé un procedimiento abreviado y excepcional, el formalismo, como comportamiento ritualista, muestra también aquí su cara feroz. En un caso paradigmático, una abogada fue multada por no haber informado el domicilio donde pudieran localizarse un grupo de migrantes desaparecidos (Sentencia 524/2019-IV). El artículo 15 de la Ley de Amparo permite que cualquier

persona presente la demanda en caso de desaparición forzada; pero también exige la ratificación del agraviado dentro de un término de tres días, so pena de no tenerla por presentada; dado que la abogada no informó sobre el domicilio de los migrantes desaparecidos, entonces se le multó. Desgraciadamente, este caso no es aislado. Muchos jueces de distrito tienen por no interpuesta la demanda cuando un familiar del desaparecido la presenta, pero luego «no aparece el desaparecido» o su representante legal a la ratificación. Muchas esposas de desaparecidos pasan por ese laberinto (Yankelevich, 2017, pp. 129-231, y 2018, pp. 341-432).

VI) Ritualismo progresista

A partir de la primera década de este siglo, la SCJN comenzó a emitir criterios menos formalistas, aunque no de manera uniforme. Cuando un criterio novedoso y no formalista llega a convertirse en jurisprudencia obligatoria y cae en manos de un juez ritualista, suele ser aplicado, precisamente, de manera ritualista; consecuentemente, algunas veces se producen situaciones en las que se toman decisiones extravagantes, por decir lo menos. En un ejemplo reciente (Sentencia 1096/2021-VIII), un juez de Distrito, tomando en cuenta un conocido precedente sobre «formato de sentencia lectura fácil»⁷, emitió una sentencia mediante la cual sobreseyó el juicio de amparo a un menor de cinco años representado por sus padres. En la demanda, se denunciaban algunas declaraciones consideradas discriminatorias, a cargo del Dr. Hugo López Gatel, Subsecretario de Salud, en un programa de televisión. En ese programa el funcionario acusó a los niños como «golpistas» contra el gobierno por reclamar la radical reducción de recursos públicos para atender a los niños con cáncer. El juez de distrito consideró que el juicio no resultaba procedente porque aun cuando dichas declaraciones llegaran a declararse inconstitucionales en el fondo del asunto, no se podrían materializar los efectos de una eventual concesión de amparo.⁸ De este modo, el juez consideró que, dado que el quejoso era un niño de cinco años representado por sus padres, debía ser informado del sobreseimiento mediante un formato de lectura fácil que, además, fuera tierno. Para eso, el juez tuvo la idea de colocar la figura de un oso panda:

7. Se trata sobre el caso de Ricardo Aldair, diagnosticado con síndrome de Asperger, a quien le fue concedido un amparo que se tradujo en modificar en determinados aspectos el estado de interdicción en el que se encontraba, sobre la base de dictámenes periciales. En ese caso se emitió por vez primera en México el formato de lectura fácil: una sencilla traducción en términos llanos de las principales razones del fallo, mediante frases como estas: «Al analizar tu caso la Corte decidió que tú, Ricardo Adair, tienes razón (...) el juez platicará de tu caso con tus papás, con médicos y con otras personas como maestros y abogados [y] decidirá qué cosas puedes hacer solo y en qué cosas vas a necesitar que alguien te ayude» (Sentencia AR 159/2013).


8. Arts. 61, fracción XXIII, 63, fracción IV, y 77 de la Ley de Amparo.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
JUNTO CON LA FEDERACIÓN

FORMA-A-85

Juicio de amparo indirecto 1096/2021-VIII

Formato de lectura fácil.



Hola, S.C.F.:

Fijate que hoy dicté sentencia en el amparo que promoviste contra las declaraciones que el doctor **Gatelli** expuso en un programa de TV.

En principio, te hago saber que repruebo sus manifestaciones, pues me parecen abiertamente discriminatorias por estar basadas en un tema de salud.

No se puede politizar la salud de los niños. Definitivamente, no.

Sin embargo, te cuento que los efectos reparadores de un amparo son muy limitados y, desgraciadamente, en este asunto no podría ordenar al Subsecretario que te pague el daño moral que dice tu mami te ocasionaron sus declaraciones; tampoco puedo obligarlo a que ofrezca una disculpa pública; ni a que se abstenga en el futuro de exponer argumentos similares.

No, y no porque no quiera, sino porque la Ley que rige al amparo, no lo permite, y yo debo obedecer la Ley.

Por ese motivo, concluí que tu amparo no procede.

No obstante, tu mami y tu abogado están en aptitud de promover otros juicios, donde sí sería posible obtener una reparación integral para ti.

Te mando un abrazo con mis mejores deseos.

Saludos.
Mauricio.

La falsa analogía entre el precedente y este es notoria: una cosa es haber pensado en un formato de lectura fácil para un adulto con cierto grado de discapacidad intelectual, aunque con un alto grado de funcionalidad, y otra muy distinta es hacerlo para un niño de cinco años que apenas aprende a leer, y que no va a enterarse de lo que significa un sobreesimiento asociado a una Ley de Amparo tan compleja y anacrónica como la mexicana. A mi juicio, este es un ejemplo de ritualismo progresista. Por cierto, actualmente existe una auténtica fiebre por los formatos de lectura fácil que refleja este tipo de excesos.

VII) La mezcla de innovación y ritualismo

Recientemente se resolvió el caso de una mujer que había sido vinculada a proceso por el delito de violencia familiar en contra de su ex cónyuge, por haberle espetado que era un «pobre jodido, bueno para nada y tacaño». El tribunal llevó a cabo una interpretación

innovadora del artículo 200 del Código Penal, de acuerdo con la cual la expresión referida puede ser inadmisibles social y moralmente, pero no debe llevarse al terreno del derecho penal porque podría «...trivializar figuras típicas penales que se han incorporado al derecho penal para protección de las personas que históricamente las han padecido; que en una relación de pareja es la mujer, y no el hombre» (Sentencia AR 107/2021, pp. 12 y 13). Este caso, por un lado, es un ejemplo de innovación, dado que el tribunal va más allá del tipo penal para modificarlo y así excluir al marido como sujeto pasivo del delito; pero, por otro lado, es un caso de comportamiento ritualista, ya que el tribunal aplicó, a través de un abuso en la literalidad, un precedente de la SCJN, según el cual «...no toda agresión (como evento único) debe ser sancionada penalmente, porque [es necesario que ésta] sea apta, eficiente y suficiente para lesionar la integridad física o psicológica de algún integrante de la familia. De modo que el intérprete es el que debe determinar si es factible que ese evento [haya ocasionado] el daño a la integridad que la norma penal quiere evitar» (Sentencia ADR 6606/2015, párrafo 66).

VIII) Esquizofrenia ritualista-activista

En el afán de escapar del formalismo, como comportamiento ritualista, algunos operadores jurídicos saltan de forma inconsciente al extremo del activismo, como innovación. Uno de estos casos (Sentencia ADR 3516/2013) es el de un millonario que compró un lujoso departamento en primera línea de Playa en Nuevo Vallarta, por un precio de un poco más de 420,000.00 dólares. Cuando el inmueble le fue entregado, se dio cuenta de que una de las dos habitaciones no tenía ventanas y daba al pasillo del elevador, mientras que la otra tenía vista al mar. El comprador demandó la nulidad absoluta del contrato porque, a su juicio, había existido un error en el objeto. Luego de que los tribunales ordinarios determinaran que no tenía razón, el comprador acudió al juicio de amparo para argumentar que se había violado su derecho a una vivienda digna y que los argumentos de la sala de apelación eran «racistas y discriminatorios», porque no estaba justificado que se le excluyera de la protección constitucional sólo porque su vivienda no era de interés social y él no pertenecía a un grupo desfavorecido o marginado. El amparo le fue negado por los tribunales federales; sin embargo, mediante un recurso, la Corte finalmente le dio la razón, bajo el argumento de que el derecho a una vivienda digna no se limita a la vivienda popular, sino que corresponde a todo ser humano «desde un punto de vista individual por ser una condición inherente a su dignidad»; de este modo –sostuvo– si no se pacta un estándar mínimo de dignidad en el contrato, entonces se viola el derecho a una vivienda digna (a un millonario). Como puede verse, un sencillo caso de interpretación contractual fue analizado innecesaria y erróneamente desde una perspectiva de derechos sociales, tergiversando por completo el sentido de ese tipo de análisis. Uno de los errores la Corte fue haber mirado exclusivamente el terreno

de la constitucionalidad, y no el de la legalidad, es decir, haber caído en el extremo del activismo judicial, con el afán de evitar el formalismo.

IX) El formalismo en la argumentación en materia de hechos

Cuando un juez atiende problemas de prueba o de calificación mediante una actitud formalista, entonces la conclusión alcanzada en esa fase, es decir, la determinación sobre los hechos probados puede generar errores en la conclusión del razonamiento final. Eso significa que quien fija la premisa fáctica puede hacerlo de manera formalista o no formalista. Un ejemplo de formalismo probatorio lo encontramos en un criterio emitido por un tribunal colegiado [Tesis (II Región) 1o.7 P (11a.)], según el cual la prueba indiciaria o circunstancial no debe ser tomada en cuenta por tres razones: 1) porque el Código Nacional de Procedimientos Penales no la contempla en su capítulo IV; 2) porque proviene del sistema penal inquisitivo y se aplicaba cuando las pruebas plenas o directas resultaban insuficientes; y 3) porque el nuevo sistema acusatorio predomina el razonamiento probatorio de carácter inductivo y en él resulta irrelevante la distinción entre pruebas directas e indirectas y, por ende, las pruebas indiciarias son igualmente irrelevantes. En otras palabras, el tribunal considera que, dado que en la letra de la nueva ley las pruebas indiciarias no se mencionan, entonces deben excluirse, y además pertenecen a un «pasado formalista» que debe ser superado. ¿Se puede ser más ritualista?

X) El formalismo entorpece el razonamiento moral de los jueces

En una célebre discusión entre Manuel Atienza y Francisco Laporta, a propósito del libro *El imperio de la ley. Una visión actual*, los profesores mostraron sus diferencias acerca del constitucionalismo. Uno de los puntos más álgidos de la discusión tuvo que ver con la posibilidad del razonamiento moral de los jueces. A Laporta le da miedo el hecho de que los jueces, al ponderar, tengan que obrar sobre la base de un razonamiento moral abierto, ya que considera que no están suficientemente preparados para ello, y que «...su razonamiento moral no deja de ser vulgar» (Atienza, 2021, p. 23). Atienza le responde que concuerda con que el razonamiento moral de los jueces no debe ser abierto, sino que debe llevarse a cabo entre determinados límites, es decir, que el razonamiento judicial tiene una dimensión moral y otra formal (en el sentido de racionalidad formal), pero se muestra menos pesimista con relación a la ponderación, ya que, aunque reconoce que la práctica es aún muy heterogénea, es posible detectar buenos ejercicios (*Ibidem*, p. 27).

En México también existen buenos y malos ejemplos de ponderación, pero en ocasiones los malos constituyen auténticas patologías debido, precisamente, al formalismo. En efecto, algunos operadores aplican el test de proporcionalidad de manera forzada, es

decir, tomando al pie de la letra los pasos fijados en la jurisprudencia, porque se sienten constreñidos a su texto. En un ejemplo reciente (ADR 7691/2019) la Corte aplicó el test de proporcionalidad en un caso en el que una persona que buscaba una rectificación de acta de nacimiento para cambiar su nombre con el afán de adaptarlo al que realmente usaba. El artículo 70, fracción I, del Código Civil del Estado de Puebla establece como requisito para el cambio de nombre una demostración fehaciente con «documentos indubitables e inobjetable» de que una persona ha usado en su vida social y jurídica otro nombre distinto al de su registro. Las dos primeras gradas del test, referidas al fin perseguido y a la idoneidad, fueron satisfechas, porque tanto la certeza que se busca, como la carga probatoria exigida, están justificadas; sin embargo, para la Corte la norma no cumplió con el principio de necesidad, porque no existe una justificación válida y racional, para acotar a esos específicos medios de convicción, ya que existen otros medios de prueba, como las testimoniales, que también pueden generar convicción en la autoridad jurisdiccional sobre la existencia de la realidad. Por otro lado, la medida legislativa no es proporcional en sentido estricto, porque el sacrificio del derecho a la modificación del nombre es demasiado elevado en contraste con la certeza que con ella se puede obtener (*Ibidem*, pp. 29-30).

El anterior razonamiento es defectuoso por varias razones. En primer lugar, la norma involucrada no es regulativa de mandato, sino constitutiva, lo que significa que realmente no impone deberes ni establece sanciones propiamente dichas. Si se observa bien, en realidad, la norma no constituye un obstáculo para cambiar el nombre, sino una oportunidad para ello. Como es obvio, estos cambios deben producirse bajo determinados límites (formas) indispensables para preservar el sistema. Bien vistos, estos requisitos (documentos indubitables e inobjetable) no parecen irrazonables. En segundo lugar, el caso no es un buen candidato para el test de proporcionalidad, porque, por ejemplo, las exigencias de la norma no entran en ninguna categoría sospechosa (origen ético, orientación sexual, etcétera). En tercer lugar, el razonamiento de la Corte es contradictorio, ya que no es lógicamente posible afirmar simultáneamente que el estándar probatorio es idóneo, por exigir pruebas indubitables para el cambio de nombre, y al mismo tiempo que esa exigencia no está justificada porque existen otros medios de prueba, como las testimoniales, para ello. Por otro lado, si la disposición señala que «cualquiera otra prueba» es posible para demostrar que se usa otro nombre, entonces también están incluidas las testimoniales.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

El formalismo jurídico es al mismo tiempo una forma de pensar y de practicar el Derecho. En su modalidad de racionalidad formal no resulta, en principio, problemática. Sin embargo, los problemas empiezan cuando se echa a andar en un escenario en el que la mala legislación, la formación profesional deficiente y la cultura jurídica

acentúan de forma peligrosa la dimensión autoritativa del Derecho, en demérito de la valorativa. Luego de analizar los casos expuestos en este trabajo, se puede concluir que incluso para salir del formalismo muchos operadores jurídicos son formalistas.

En una situación como esta no hay otro camino que insistir en buscar el punto medio, es decir, en provocar que los operadores jurídicos se muevan dentro de los límites autoritativos del Derecho, pero sin dejar de mirar hacia el territorio de los valores constitucionales en cada una de sus decisiones. Necesitamos jueces activos, pero no activistas; sustantivistas, pero no ritualistas. Ese punto virtuoso demanda el concurso de muchos actores: teóricos, docentes, legisladores, autoridades judiciales y responsables de políticas públicas, que sepan suministrar una buena teoría del Derecho mediante una enseñanza de tipo práctico en todos los niveles, pero especialmente en los cursos de formación judicial. Las patologías aquí expuestas pueden servir como guía para concientizar a los juristas teóricos y prácticos acerca de aquello que no debe hacerse, con el espíritu crítico que caracteriza a Manuel Atienza.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, J., 2021: *En defensa del Estado Constitucional*, Lima, Palestra.
- ATIENZA M. Y RUIZ MANERO, J., 2007: «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía*, México, ITAM.
- ATIENZA, M., 1985: *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova.
- ATIENZA, M., 2001: *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- ATIENZA, M., 2006: *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel.
- ATIENZA, M., 2009: «Reflexiones sobre tres sentencias del tribunal electoral», México, TEPJF.
- ATIENZA, M., 2011: «Cómo desenmascarar a un formalista», *Isonomía*, núm. 34, México, ITAM.
- ATIENZA, M., 2013: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA, M., 2013a: *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos Perdidos.
- ATIENZA, M., 2017: *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta.
- CORTEZ, J., 2018: «Los cambios en las ideas jurídicas en México y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 51, núm. 153, México, UNAM.
- POU, F., 2014: «El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?», en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 10, Universidad de Chile.
- YANKELEVICH, J., 2017: «Poder Judicial y desaparición de personas en México», en *Desde y frente al Estado: pensar, atender y resistir la desaparición de personas en México*, México, CEC-SCNJ.
- YANKELEVICH, J., 2018: «Jueces y leviantes en el laberinto: diagnóstico del juicio de amparo contra desaparición forzada (habeas corpus) en México (2013-2018)», México, CEC-SCJN.

SENTENCIAS, TESIS Y JURISPRUDENCIA

- Resolución CT 190/2019: Primera Sala, SCJN. 19 de enero de 2020.
- Sentencia 1096/2021-VIII. Juzgado Séptimo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo y de Juicios Federales en el Estado de Puebla. 15 de octubre de 2021.
- Sentencia 1697/2014. Juzgado Decimoséptimo de Distrito del Estado de Veracruz, 20 de mayo de 2020.
- Sentencia 524/2019-IV. Juzgado Tercero de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México. Auto de 2 de agosto de 2019.
- Sentencia ADR 3516/2013. Primera Sala, SCJN. 22 de enero de 2014.
- Sentencia ADR 6606/2015. Primera Sala, SCJN. 8 de junio de 2016.
- Sentencia ADR 7691/2019. Primera Sala, SCJN. 10 de marzo de 2021.
- Sentencia AR 107/2021. Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito. 19 de agosto de 2021.
- Sentencia AR 159/2013, Primera Sala, SCJN. 16 de octubre de 2013.
- Tesis P. LXVII/2011(9a.). Registro núm. 160589. Pleno de la SCJN. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.
- Tesis VII.2o.C.5 K (10a.). Registro núm. 2002599. Tribunales Colegiados. PRINCIPIO PRO PERSONA. ES UN DERECHO PLASMADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS QUE REQUIERE SU VINCULACIÓN CON LA VIOLACIÓN DE UN DERECHO HUMANO PARA SU EFECTIVIDAD.
- Tesis (II Región)1o.7 P (11a.). Registro núm. 2024139. Tribunales Colegiados. PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. AL HABERSE CONCEBIDO EN EL SISTEMA PENAL INQUISITIVO COMO UN ELEMENTO DE CARÁCTER SUBSIDIARIO O EXCEPCIONAL, ES OPUESTA A LA LÓGICA DEL ACTUAL SISTEMA ACUSATORIO Y ORAL Y, POR ENDE, NO PUEDE SUSTENTAR LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS DEL TRIBUNAL DE ENJUICIAMIENTO.

