



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

Facultad de derecho

Doctorado en Ciencias Jurídicas

"Evolución teórica del principio pro persona desde su función en un sistema jurídico"

Opción de titulación:
Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de
Doctora en Ciencias Jurídicas

Presenta:
Margarita García Álvarez

Dirigido por: Dr. Raúl Ruiz Canizales

Dr. Raúl Ruiz Canizales
Presidente

Dr. Luis Octavio Vado Grajales
Secretario

Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera
Vocal

Dra. Gabriela Aguado Romero
Suplente

Dr. Lutz Alexander Keferstein Caballero
Suplente

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Director de la Facultad

Dra. Ma. Guadalupe Flavia Loarca Piña
Directora de Investigación y Posgrado

RESUMEN

El presente trabajo pretende abordar el concepto de principio pro persona y su función en un sistema jurídico a partir de la filosofía y la filosofía del derecho. Para ello se abordaran distintos autores, como Kant, Atienza, Joseph Raz y Guastini. Dentro de los conceptos que nos permiten abordar la problemática están el de nociones, tópicos, disposiciones, normas, principios y reglas. La relación que existe entre dichos conceptos y el principio pro persona estriba en el campo de posibilidad de actuación que tiene ese principio y la función que cumple dentro de un sistema.

SUMMARY

The present work aims to address the concept of pro persona principle and its function in a legal system based on the philosophy and the law's philosophy. In this instance, different authors, such as Kant, Atienza, Joseph Raz, and Guastini will be quoted. Within the concepts that allow us to approach the problematic are, the notions, topics, norms, provisions, rules and principles. The relationship between these concept and the pro persona principle lies in a field of possibilities of action that this principle has and the function that fulfills within the system.

DEDICATORIAS

A mi madre, porque lo único importante en la vida es cuanto amaste y el amor que recibí de ella se refleja en cada instante de mi vida, y en este instante que también se llama tesis.

A mi padre, me hiciste amar el derecho por tu dedicación y pasión de la cual desee ser partícipe, constante en mi vida desde mis primeros recuerdos. Gracias por amarme y darme el amor al conocimiento.

A mi hermana, al ser que más amo y me ama en este mundo de circunstancias tan distintas y a pesar de ello siempre tu cariño me acompaña.

A mi esposo, tu amor me hizo una mejor persona, aprendí de ti a ser paciente y no sólo a disculpar sino a perdonar, gracias porque sin tu apoyo los logros perderían significado, porque una vida sin ti sería una vida desperdiciada, gracias por hacerme sentir amada.

A Génova, por permitirme conocer al profesor Guastini y a mis maravillosos amigos Julieta, Naty, Romain, Luka, Jorge, Donald, Catherine, y Alí.

AGRADECIMIENTOS

Principalmente a la educación que recibí en casa que me hizo valorar el estudio y la disciplina.

A mi familia por la paciencia ante tantas horas que estuve alejada y otras tantas malhumoradas, porque su amor hizo posible al final lograr construir lo que hoy aquí se presenta.

A los buenos y malos maestros que me han hecho entender lo que quiero lograr y lo que quiero evitar.

A mis profesores Ricardo Guastini y Luis Octavio Vado Grajales, por ser un ejemplo de conocimiento y humildad.

A el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT) porque sin su apoyo y estructura todo este trabajo y lo aprendido no hubiera sido posible.

INDICE

RESUMEN	ii
SUMMARY	iii
DEDICATORIAS	iv
AGRADECIMIENTOS	v
INDICE.....	vi
INTRODUCCIÓN	8
Consideraciones previas	12
1. ¿Cómo se genera el conocimiento?	12
1.1 La sensibilidad.....	13
1.2 El entendimiento.....	16
1.3 Síntesis pura.....	19
1.4 Las categorías.....	20
2. La correlación entre concepto puro y forma del juicio	21
3. El Noúmeno	24
4. Los juicios analíticos y los juicios sintéticos.....	26
4.1 Los juicios analíticos y los juicios sintéticos a priori.....	28
5. Las nociones y los conceptos	32
6. Las definiciones.....	33
6.1 Conceptos, definiciones y palabras	39
CAPÍTULO I “Tópica Jurídica”	45
1. Razonamiento apodíctico y dialéctico.....	45
2. Tópica y entimemas	47
3. La aporía fundamental	50
4. Tópica jurídica y sistema.....	53
4.1 Los <i>topois</i> en el sistema jurídico.....	56
5. Retórica, el entimema y la dimensión sustancial del sistema jurídico	57
6. Los tópicos y la razón práctica	58
7. La justificación interna y externa.....	61
8. <i>Topois</i> como <i>ratio legis</i> de las disposiciones.....	62
9. Tópicos jurídicos como fundamentos de la argumentación	63
9.1 La figura de la garantía de Toulmin y los tópicos jurídicos	64
10. Crítica a la Tópica Jurídica.....	71

CAPÍTULO II “Normas”	76
1. ¿Qué es una norma?	76
1.1.- Disposición y norma	76
1.2. No correspondencia biunívoca entre disposiciones y normas	80
2. Norma.....	81
2.1. La equivocidad de la norma	81
2.2. La vaguedad de la norma.....	82
2.3. Normas formuladas y normas inexpresas	84
3. Principio	85
3.1 Siete focos de significación de los principios y el uso de la expresión principio de Genaro Carrió.....	85
3.2. Principios según Josef Esser	88
3.3 La distinción de regla y principio de Humberto Ávila	94
4. Postulados normativos, categoría normativa diferente a las reglas y principios	97
5. Razones para la acción de Joseph Raz.....	101
CAPÍTULO III “EL PRINCIPIO PRO PERSONA”	114
1. El principio pro persona	114
2. El pro persona y su transición de tópico a principio.....	116
3. Función del principio pro persona.....	121
3.1 La función del pro persona desde la perspectiva de Genaro Carrió.	123
3.2 Los principios para J. Esser	127
3.3 Los tópicos jurídicos y el pro persona.	130
3.4 Reglas, principios y postulados, en relación con el pro persona.	132
3.5 Raz. Razones para la acción y el pro persona	135
4. Función con la categoría normativa correspondiente dependiendo del autor confrontado	143
CONCLUSIONES.....	148
BIBLIOGRAFÍA	151

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende trazar particularidades que permitan distinguir la función de la figura denominada principio pro *persona*, a través del análisis y explicación de los conceptos de principio y reglas dentro del sistema jurídico en general.

Lejos de intentarlo, agotando a todos los autores de referencia, este trabajo se centra en aquellos que puedan ofrecer una respuesta conforme a la directriz de las funciones de dichos conceptos, aquellos que se pueden relacionar y correlacionar utilizando al sistema jurídico y el alcance de incorporar directrices positivadas a este, por lo que para el lector quizás pareciera que falta de analizar algunos que son directrices en este tema, pero que a pesar de resultar interesantes no cuentan con las particularidades necesarias para ser contrastados dentro de este estudio.

Ahora bien, no utilizamos en esta ocasión al autor Robert Alexy, que si bien tiene una teoría bien desarrollada para distinguir principios y reglas esto lo hace en función a su grado de cumplimiento, lo que para este trabajo si bien resulta necesario no es suficiente, ya que además es ineludible utilizar el juego con el que se desempeñan dependiendo a si estos se encuentran o no positivados, si es o no obligatoria su observancia, si al ser introducidos dan o no estructura al sistema y no sólo hasta en qué medida pueden cumplirse. Por otra parte, Alexy utiliza su conocido examen de ponderación, que si bien es una propuesta interesante la presente tesis tiene objetivos que resultan claros y el intentar explicar la ponderación por él planteada, daría tema para un estudio completo, para posterior a ello examinar si el pro persona supera dicho examen y concluir con ello si puede ser considerado principio, lo cual por la logística que se planteó desde el inicio de esta investigación se observó que resultaba extremadamente ambicioso para cumplir en la temporalidad que se tenía como límite por parte del programa de ciencias

jurídicas, por lo que se espera en subsiguientes trabajos poder analizar al pro persona desde esa perspectiva, pero en este trabajo no será posible.

Por otra parte, además se pretende explicar desde la función, dado que emplear la estructura lingüística no alcanza para satisfacer una clara distinción entre ellos; bastaría cambiar el orden de una oración para crear confusiones y no diferenciarlos con precisión.

Es entonces, importante señalar que el principio pro persona ha ido ganando un espacio entre los conceptos más citados y utilizados dentro del argot jurídico, sin tener muy clara su función o los alcances que puede llegar a tener dentro de la práctica jurídica.

Este estudio participa de la tesis siguiente: las normas no son las disposiciones sino la interpretación que de estas se hace, por lo tanto, el transformar las disposiciones en normas jurídicas depende de la construcción de contenidos que el intérprete realice, así que el modo más seguro de garantizar una adecuada conformación normativa es entendiendo la función de las figuras que tiene a su mano para su creación.

Por lo tanto, en esta tesis se sostiene firmemente que para distinguir tales figuras se debe partir de la función que cumplen dentro del sistema jurídico donde se les utiliza, agregando además la directriz de su obligatoriedad.

Es entonces, que partiendo de lo anterior y con base en las dimensiones epistemológicas de la ciencia jurídica, encontramos resulta fundamental determinar las funciones del pro persona en torno a su descripción lingüística, es ahí donde existe la verdadera posibilidad de diferenciar los principios y las reglas, cuyas definiciones parecen muchas veces similares, pero debemos recordar que el momento de la interpretación y la base interpretativa suceden en momentos distintos, y no es posible estudiar ambos aspectos desde un mismo plano, por lo

que será en el momento que se genera la interpretación para su utilización donde encontremos las líneas distintivas, agregando además el elemento de su obligatoriedad.

Es por ello, que dado el objeto de estudio de este trabajo resulta ser una investigación científica de tipo teórico, el cual por medio de un método analítico clasificará las características y propiedades de las normas, para así determinar las relaciones existentes entre objetos, propiedades y fenómenos que definen cada categoría normativa, y así estar en la posibilidad de distinguir las relaciones, causales, de las no causales, esenciales, constantes y repetitivas, con el fin de reconocer con una mayor precisión las diferentes normas existentes, además se emplearía una metodología de investigación que parte del análisis de textos (investigación documental) utilizando para ello los métodos de análisis-síntesis, abstracción-concreción, inductivo-deductivo y sistémico. Ahora bien, al ser una investigación de corte cualitativo pretende intencionalmente “acotar” la información al objeto de estudio, dado que el análisis de datos cualitativos es en esencia un proceso donde se parte de datos no estructurados, aislados pero relacionados entre sí, para de esta manera interpretarlos y realizar su estructuración de manera sistemática donde se evidencie la injerencia que guardan entre sí tomando como punto de partida el objeto de estudio. De esta forma, también es de observarse que el presente trabajo es una investigación descriptiva sobre el principio pro persona, donde de manera constante se realiza una reflexión sobre los datos recabados para así lograr sistematizarlos y dar una explicación en torno este.

Así las cosas, en las consideraciones previas se enfocan a explicar por qué se toma como base para identificar las categorías normativas la función que ejercen, partiendo entonces de explicar las definiciones funcionales; en un segundo momento se analiza si todo lo que se emplea en el derecho se encuentra dentro del sistema jurídico, al existir claramente figuras que no resultan obligatorias sino orientativas al momento de la aplicación del derecho, por ello se hace necesario explicar la figura de los “tópicos jurídicos”; así en un segundo capítulo se explica la

perspectiva de principios y reglas de nueva cuenta, partiendo de la función que dentro del sistema jurídico ejercen; por último, una vez que se ha justificado por qué se basa este trabajo en la funcionalidad de la figura se contrasta el pro persona con los tópicos jurídicos, los principios y las reglas, para con ello generar una conclusión clara lejos de explicaciones complicadas.

De antemano agradezco a quien pudiera interesarse en estas líneas que con recogimiento más que confundir al lector pretenden alejarlo de desconciertos cuya solución motivó a quien escribe esta tesis a ofrecer una posible respuesta.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

Consideraciones previas

En este apartado, nos encargaremos de enunciar y explicar las categorías claves del pensamiento kantiano, para en los próximos capítulos hacer uso de su marco conceptual. Lo anterior, resulta necesario pues el principio pro persona nace precisamente de la creación de una noción de donde se obtiene su concepto, el cual se pretende definir con base en la función que juega dicho concepto en el sistema que es utilizado, cuestión que tiene su base explicativa en la filosofía kantiana, en tanto que pretende ser una guía para dar directrices claras y lograr diferenciar un simple enunciado de una definición funcional.

Es así que, según la teoría kantiana, la cual se adscribe el presente trabajo, el razonamiento se conforma de juicios.

En ese sentido, el presente apartado se centrará en contestar las siguientes preguntas: ¿Cómo se genera el conocimiento? ¿Cómo se genera un concepto? ¿Por qué la necesidad de analizar conceptos como definiciones para una base sólida del conocimiento científico? ¿Qué relación existe entre la teoría Kantiana y el *principio pro persona*?

1. ¿Cómo se genera el conocimiento?

“Más si bien todo nuestro conocimiento comienza con la experiencia, no por eso originase todo él en la experiencia.”¹

Kant señala que existen “Dos ramas del conocimiento humano, que quizá se originen en una raíz común, pero desconocida para nosotros, y son a saber, la sensibilidad y el entendimiento. Por medio de la primera nos son dados objetos; por medio de la segunda son los objetos pensados.”²

¹ KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 14ª edición, CD.MX.-México, editorial Porrúa, 2015, pág. 78.

² *Ibidém.* págs. 126- 127.

Lo anterior significó en su momento una revolución para el pensamiento científico, pues recogía las posibilidades de conocer lo “real”, y por tanto de dotar de contenido a los conceptos más esenciales.

Martínez Marzoa, retomando la teoría Kantiana señala que todo el conocimiento se refiere a algo, en el sentido de que siempre hay algo que es conocido, una referencia a que puede ser mediata o inmediata.³ Relacionándolo con Kant la referencia inmediata es entendida como la sensibilidad y la mediata como el entendimiento.

1.1 La sensibilidad

La sensibilidad es la respuesta inmediata que se genera cuando somos afectados por un objeto, es decir, cuando se advierte una experiencia sensible del objeto. Es entendida como la facultad pasiva del conocimiento, al solo limitarse a recibir información empírica mediante representaciones; esta opera por medio de intuiciones.

“La capacidad (receptividad) de recibir representaciones por el modo como somos afectados por objetos, llámase sensibilidad. Así, pues, por medio de la sensibilidad nos son dados objetos y “ella sola nos proporciona intuiciones (...)”⁴; por medio del entendimiento empero son ellos pensados y en él se originan conceptos. Pero todo pensar tiene que referirse ya directa, ya indirectamente en último término a intuiciones, por lo tanto, en nosotros a la sensibilidad, porque ningún objeto puede sernos dado de otra manera.”⁵

Kant le otorga el nombre de fenómeno al objeto que afecta sensiblemente⁶ al individuo, mientras que la sensación se refiere al efecto de un objeto sobre la

³ MARTÍNEZ, Felipe, *Releer a Kant*, España, editorial Anthropos, 1989, pág. 42.

⁴ KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 14ª edición, CD.MX.-México, editorial Porrúa, 2015, pág. 129.

⁵ *Ídem*.

⁶ *Ídem*.

capacidad de representación de ese individuo.⁷ El fenómeno se encuentra conformado por materia y forma; materia es lo que corresponde a la sensación, y forma lo que hace que lo múltiple de él pueda ser ordenado en ciertas relaciones.⁸ Sólo de la síntesis de la materia y forma puede generarse la intuición.⁹ Se llama intuición empírica a la que se genera por medio de la sensación.

La sensibilidad actúa por medio de intuiciones. Por medio de éstas, el conocimiento adquiere de forma inmediata los objetos de dicha sensibilidad. Así entonces, el objeto en cuestión sólo puede ser dado si afecta de alguna manera a nuestra conciencia.

Por lo tanto, la sensibilidad funciona por medio de intuiciones que se activan de manera inmediata ante un objeto determinado, pero no por medio de conceptos porque éstos son de aplicación mediata a multiplicidad de individuos¹⁰.

En este punto, se aclara que “La intuición de la que aquí se trata es finita, -finito- aquí lo contrapuesto a –absoluto-, y este último adjetivo (ab-solutum) quiere decir desvinculado, no dependiente. Que la intuición, y por lo tanto el conocimiento, es finita (sic), quiere decir que es dependiente”.¹¹

Existen dos tipos de intuiciones: las empíricas y las puras. Se llama intuición empírica a la que se genera por medio de la sensación. Intuiciones puras son aquellas que se encuentran fuera de la experiencia, y son el espacio y el tiempo.

El tiempo no es nada más que la forma del sentido interno, es decir, de la intuición de nosotros mismos y de nuestro estado interno. Pues el tiempo no puede

⁷ *Ídem.*

⁸ KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 14ª edición, CD.MX.-México, editorial Porrúa, 2015, pág. 130.

⁹ *Ibidem.* pág. 106.

¹⁰ MONTIL, Luis. “*El idealismo trascendental de Kant*”, (Documento web) 1992, <https://www.ies-macatalan.com/departamentos/filosofia/temas-montil/8-Kant.pdf>, 13 de marzo de 2017, pág. 12.

¹¹ *Ídem.*

ser una determinación de fenómenos externos; ni pertenece a una figura ni a una posición, etc., y en cambio, determina la relación de las representaciones en nuestro estado interno.¹²

El espacio es una representación necesaria, a priori, que está a la base de todas las intuiciones externas. No podemos nunca representarnos que no haya espacio, aunque podemos pensar muy bien que no se encuentren en él objetos algunos.

“Es considerado, pues, el espacio como la condición de la posibilidad de los fenómenos y no como una determinación dependiente de éstos, y es una representación a priori, que necesariamente está a la base de los fenómenos externos.”¹³

Las intuiciones puras o formas a priori de la sensibilidad no son conceptos, dado que estos últimos tienen su campo de aplicación a multitud de individuos, y el tiempo y espacio son únicos.

Son intuiciones puras al estar libres de cualquier contenido empírico, pues el espacio y el tiempo no se perciben en la experiencia, sino sólo objetos situados en un espacio y tiempo únicos.¹⁴

También se trata de formas porque se refieren al modo como se perciben las intuiciones empíricas; estas últimas son recibidas necesariamente en un tiempo y un espacio.¹⁵

¹² *Ídem.*

¹³ *Ídem.*

¹⁴ KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 14ª edición, CD.MX.-México, editorial Porrúa, 2015, pág. 137.

¹⁵ MONTIL, Luis. *El idealismo trascendental de Kant*, (Documento web) 1992. <https://www.ies-macatalan.com/departamentos/filosofia/temas-montil/8-Kant.pdf>, consultado el 13 de marzo de 2017, p.12.

Kant “Llamó trascendental a todo conocimiento que se ocupa, no tanto de los objetos, sino de nuestro modo de conocerlos, en cuanto que tal modo ha de ser posible a priori”¹⁶, por tanto lo trascendental es el adjetivo del sustantivo conocimiento, pero no conocimiento de los objetos, conocimiento empírico, sino conocimiento del modo en como conocemos dichos objetos, es decir el modo a priori.

Son a priori al ser condiciones para que la experiencia sea posible, pero no proceden de ella. Precisamente por su calidad de condiciones necesarias para que se produzca la sensibilidad, no se les puede considerar conceptos. En otros términos, el espacio posibilita la representación de objetos como exteriores a nosotros, pero no suministra intuición alguna acerca de nuestra mente como objeto¹⁷. Por su parte, el tiempo también hace realizable la intuición de objetos como exteriores a nosotros, por lo que al mismo tiempo hace posible la intuición de un estado interno.¹⁸

1.2 El entendimiento

Es la facultad mediata que activa el conocimiento generando de manera espontánea conceptos e ideas, que son su forma de operar.

“La determinación del modo en que la pluralidad de la sensación se agrupa en conjuntos y subconjuntos es, pues, parte esencial en el conocimiento. Esa determinación es la regla de construcción de una figura en la intuición. Cada regla de construcción es de aplicación en todos aquellos casos en que la pluralidad de sensaciones dada tolere el modo de agrupamiento en cuestión; es decir: cada regla de construcción

¹⁶ KANT, Immanuel, Crítica de la razón pura, 14^o edición, CD.MX.-México, editorial Porrúa, 2015, p.137.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ MONTIL, Luis. El idealismo trascendental de Kant, (Documento web) 1992. <https://www.ies-macatalan.com/departamentos/filosofía/temas-montil/8-Kant.pdf>, consultado el 13 de marzo de 2017, pág. 13.

comporta un conjunto de condiciones que el material sensorialmente dado ha de cumplir si esa regla ha de serle de aplicación, condiciones que unas veces se cumplen y otras no, pero que se cumplen en infinitos casos posibles; “la regla de construcción es, pues, un – universal- como –conjunto de notas-; es, por consiguiente lo que llamamos un **concepto**.”

19

El conocimiento es el producto del enlace ordenado de impresiones con referencia a un objeto, pero las sensaciones no contienen referencia al objeto, así que ese orden y enlace son aportados por una representación distinta de las impresiones. Éste último es el concepto.

Por lo tanto, “El conocimiento es generado por la conjunción o síntesis de la sensibilidad y el entendimiento”²⁰, de tal manera que sin una de ellas el resultado es imposible. En palabras de Kant, “Sin sensibilidad, no nos sería dado objeto alguno; y sin entendimiento, ninguno sería pensado. Pensamientos sin contenido son vanos, intuiciones sin conceptos son ciegas.”²¹

Siguiendo a Kant, ninguna de ambas propiedades ha de elegirse sobre la otra, pues una depende de la otra para posibilitar la producción de conocimiento: “El objeto es dado a partir de la sensibilidad, pero sólo puede pensarse a partir del entendimiento.”²² Tampoco es posible que alguna de estas capacidades cambie sus funciones, pues con el entendimiento no se puede intuir algo, y con los sentidos no es posible pensar algo ni crear conceptos.²³

Esta conjunción puede visualizarse en el siguiente,

¹⁹ MARTÍNEZ, Felipe, Releer a Kant, España, editorial Anthropos, 1989 pág. 45; (las letras en negritas son del tesista).

²⁰ *Ídem*.

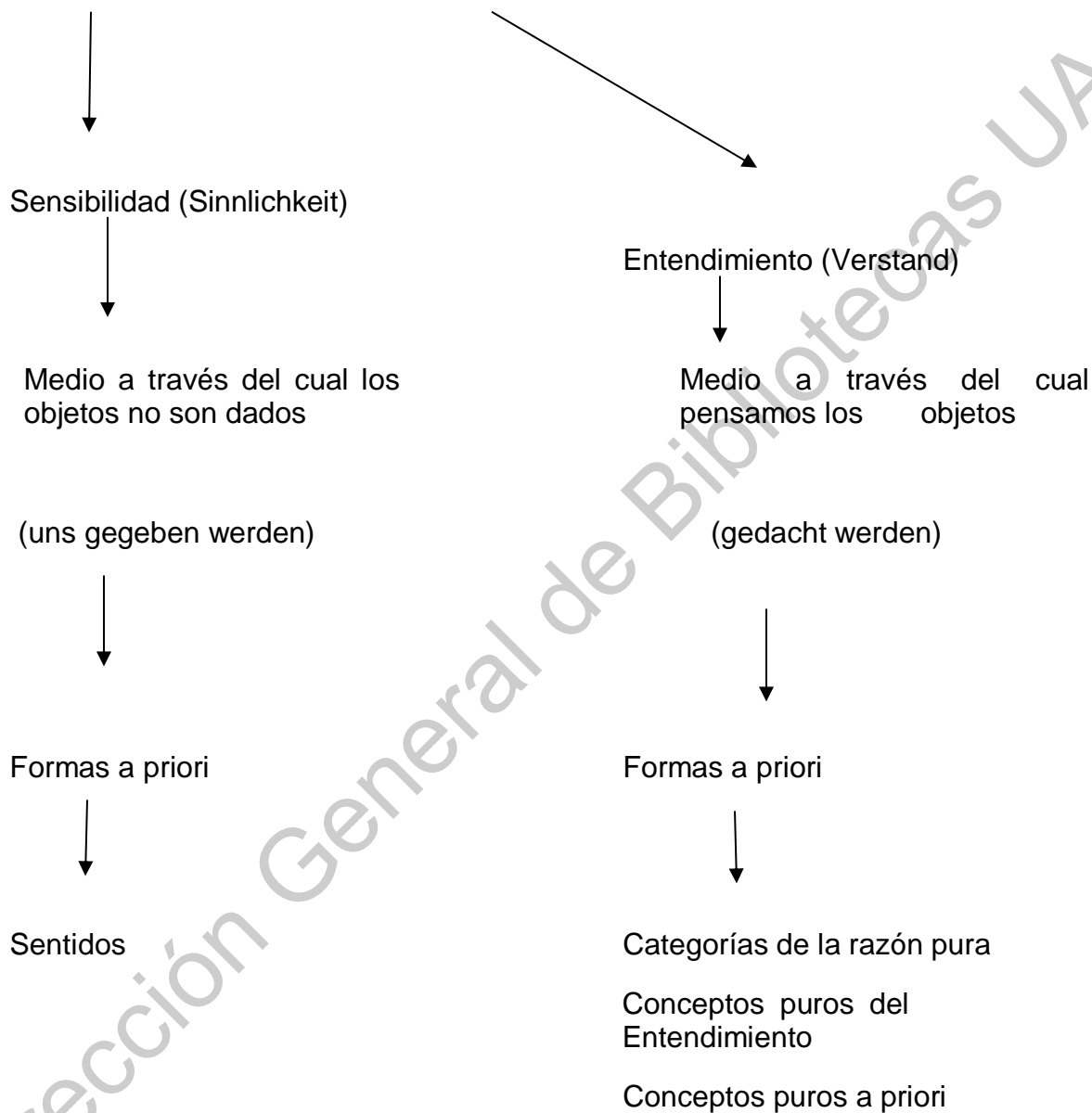
²¹ KANT, Immanuel, Crítica de la razón pura, 14ª edición, CD.MX.-México, editorial Porrúa, 2015, pág. 195.

²² *Ídem*.

²³ *Ídem*.

Esquema 1 Sobre la generación del conocimiento²⁴

Dos troncos del conocimiento (Erkenntniß) humano



²⁴ Elaborado por el Dr. Lutz Alexander Keferstein, en sus clases del doctorado en Ciencias Jurídicas en 2016, Universidad Autónoma de Querétaro, México.

1.3 Síntesis pura

Hasta ahora se ha expuesto cómo la estructura derivada de la unidad indivisible entre sensación-concepto da como resultado el conocimiento.

Para que de dicha unión sea posible el conocimiento, es preciso atender a la llamada “regla de construcción”²⁵, que da orden a la pluralidad de estímulos o sensaciones que generan las intuiciones.

Ahora bien, la construcción incluye las dos caras del proceso de conocimiento: de un lado, la construcción de la figura por medio de la reunión de la pluralidad de estímulos, y por el otro, el modo y términos en que se agrupará en la figura dicha pluralidad. De aquí se puede observar la pluralidad y unidad, unidad que se encuentra tanto en la noción de que la pluralidad de la sensación es incorporada en una figura, como también en el de que ha de haber en cada ocasión una sola forma válida de reunir las sensaciones en figura.

Las dos caras de dicha construcción son la sensación y el concepto. A lo que insistentemente se ha hecho referencia como construcción, Kant lo llama síntesis; “La síntesis es lo que propiamente constituye el conocimiento. Consiste en coleccionar diferentes representaciones e integrar su multiplicidad en un conocimiento.”²⁶

En este orden de ideas, la síntesis pura es lo “a priori”, lo inherente a que tenga que haber siempre uno y en cada caso particular sólo una integración de la pluralidad; es decir, sólo aquello por lo que en cada caso debe haber una y sola una determinación de la regla de construcción.²⁷

²⁵ MARTÍNEZ, Felipe, *Releer a Kant*, España, editorial Anthropos, 1989, p 64.

²⁶ KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 14ª edición, CD.MX.-México, editorial Porrúa, 2015, pág. 235.

²⁷ MARTÍNEZ, Felipe, *Releer a Kant*, España, editorial Anthropos, 1989, pág. 65.

1.4 Las categorías

Al igual que en las intuiciones, los conceptos pueden ser empíricos o puros. Los primeros son generados a posteriori, es decir, son “Aquellos que el entendimiento elabora a partir de los datos de la experiencia, es decir, de los datos suministrados por la sensibilidad y que contienen en sí mismos datos empíricos.”²⁸

Los conceptos puros, nombrados por Kant categorías, son los generados de manera a priori, es decir, los que no se generan de la experiencia, “Sino los que se utilizan como herramienta para unificar, dar orden a datos desorganizados provenientes de la sensación y así generar el conocimiento.”²⁹

De acuerdo con Henry Allison, las categorías o conceptos puros del entendimiento son las “Condiciones intelectuales del conocimiento humano”³⁰, “Aquellos conceptos que expresan una ley o función fundamental del entendimiento.”³¹

Dentro del contexto de la “Estructura sensación – concepto”³², la síntesis a nivel descriptivo tiene como función constituir cierto concepto referido a un objeto. En cambio, la síntesis que depende de la propia pluralidad pura no es una construcción concreta, sino que responde a “La necesidad de que siempre haya un concepto, una y en cada caso sólo una conceptualización válida, aunque sólo en cada caso pueda determinarse cuál.”³³

²⁸ MONTIL, Luis. *El idealismo trascendental de Kant*, (Documento web) 1992. <https://www.ies-macatalan.com/departamentos/filosofia/temas-montil/8-Kant.pdf>, consultado el 13 de marzo de 2017, pág. 14.

²⁹ *Ídem*.

³⁰ ALLISON, Henry E., *El idealismo trascendental de Kant: Una interpretación y defensa*, Madrid-España, editorial Anthropos, 1992, pág. 191.

³¹ *Ibidem*. pág. 193.

³² *Ídem*.

³³ MARTÍNEZ, Felipe, *Releer a Kant*, España, editorial Anthropos, pág. 67.

En conclusión, los conceptos puros del entendimiento o categorías son reglas para crear otras reglas. En su calidad de “funciones mentales”³⁴, implican una función ordenadora que sintetiza lo empírico con regularidad. A su vez, esta regularidad trabaja con base en una ordenación temporal propia de los esquemas y que reúne lo sensible en individualidades o totalidades, a razón de lo que hay de sustancial o persistente, o bien, de condicionante o casual en la multiplicidad de contenidos ligados a fenómenos.³⁵

2. La correlación entre concepto puro y forma del juicio

El concepto puro del entendimiento es cómo se materializa la necesidad de que haya sólo un concepto o sistema de conceptos válidos, “La necesidad a priori de que lo intuido guarde predicados determinados en cada caso, de que la descripción conceptual sea la adecuada en cada caso, la única válida.”³⁶

En la forma del juicio en general recae la necesidad de que siempre haya en cada caso concreto una única descripción conceptual válida y, con ello, una regla de construcción específica. Así, los conceptos se encuentran vinculados a la forma misma de juicio en general, por lo que mediante un examen a la forma del propio juicio podrá observarse que en su configuración ya existen determinados presupuestos, los cuales se usan necesariamente cada vez que en general se aplican conceptos.

De acuerdo con el razonamiento anterior, el juicio, como función del entendimiento, “Es la referencia de un concepto a otra representación”³⁷, sea ésta concepto, sea ésta intuición; de esta manera, el concepto es el predicado posible dentro de un juicio. Entonces, para demostrar el componente a priori del

³⁴ *Ídem.*

³⁵ ALLISON, Henry E., *El idealismo trascendental de Kant: Una interpretación y defensa*, Madrid-España, editorial Anthropos, 1992, págs.193- 194.

³⁶ *Ídem.*

³⁷ *Ídem..*

entendimiento, es decir, el presupuesto necesario para su función, se deben esquematizar las diferentes formas de juicio atendiendo a la función que el entendimiento ejecuta.

A modo de resumen, se puede decir que si el juicio evidencia la conexión intuición-concepto, basta con relatar la lista de todos los tipos posibles de juicio para delimitar el catálogo de todas las distintas categorías disponibles.³⁸

Como lo señala Fernando Montero:

“Kant organiza su pretendida deducción metafísica sobre la base de que todos los conceptos puros o categorías son funciones o actos que ordenan diversas representaciones bajo una representación común. Pero esa función o síntesis se realiza con el juicio. Este consiste, por tanto, en una función unificadora para la que un concepto-predicado sume otro concepto-sujeto, el cual hace referencia a un objeto por medio de ciertas representaciones sensibles. Pero esta función unificadora es tan variada como lo son los tipos de juicios que reconoce la lógica formal. Por consiguiente, se podrá hallar la serie completa de las funciones judicativas (o de los conceptos puros) registrando ordenadamente la tabla de las clases de juicios.”³⁹

Así, la relación entre tipos de juicios y las categorías es la siguiente, únicamente se señalan con carácter ilustrativo no para referir una explicación exhaustiva:

³⁸ MONTERO, Fernando, “La deducción de las categorías kantianas”, en *Teorema: Revista Internacional de Filosofía*, España, volumen VI, número 2, mayo-agosto de 1976, consultada en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2046501>, consultado el 13 de marzo de 2017, pág. 271.

³⁹ *Ibidem.* pág. 257.

Tabla 1 Correlación de los juicios según su forma con las categorías⁴⁰

Juicios según su forma	Categorías
Cantidad	
-Universales -Particulares -Singulares	-Unidad -Pluralidad -Totalidad
Cualidad	
-Afirmativos -Negativos -Infinitos	-Realidad -Negación -Limitación
Relación	
-Categóricos -Hipotéticos -Disyuntivos	-Sustancia y accidente -Causalidad (causa y efecto) -Reciprocidad
Modalidad	
-Problemáticos -Asertóricos -Apodícticos	-Posibilidad – imposibilidad -Existencia – no existencia -Necesidad – contingencia

Los juicios de percepción son aquellos que realizan una conexión de descripciones en la mente sin relación con el objeto, por lo que tienen una validez subjetiva. Entonces,

“... una simple forma de juicio no permite sin más el hallazgo del concepto puro. Éste le añade algo que convierte un juicio relativo a percepciones subjetivas a un juicio de experiencia en el que ya cuenta la objetividad de aquello sobre lo que juzga, y con ello el juicio de la experiencia pone en juego el concepto puro correspondiente puesto que (...) Kant estableció una estrecha conexión entre el concepto puro y la estricta objetividad (necesidad y universalidad) de lo juzgado.”⁴¹

⁴⁰ Elaboración propia.

⁴¹ MONTERO, Fernando, *La deducción de las categorías kantianas*, en Teorema: Revista Internacional de Filosofía, España, volumen VI, número 2, mayo-agosto de 1976, consultada en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2046501>, consultado el 13 de marzo de 2017, págs. 259- 260.

3. El Noúmeno

El límite del conocimiento es aquello que se encuentra más allá de las reglas a priori, de la cosa en sí. Al respecto, Kant señala lo siguiente:

“Llámanse fenómenos (*phaenomena*) a los objetos sensibles en cuanto son pensados según la unidad de las categorías. Mas si yo admito cosas que sólo son objetos del entendimiento y sin embargo, como tales, pueden ser dadas a una intuición, si bien no la sensible (como *coram intuitu intellectuali*), entonces estas cosas llamaríanse *Noumena (intelligibilia)*
(...)

El objeto al cual refiero el fenómeno en general es el objeto transcendental, es decir, el pensamiento, totalmente indeterminado, de algo en general. Éste no puede llamarse *noumeno*; pues no sé de él lo que en sí mismo sea y no tengo ningún concepto de él más que el de objeto de una intuición sensible en general, que por tanto es idéntico para todos los fenómenos. No puedo pensarlo por medio de ninguna categoría: pues la categoría vale en la intuición empírica, para reducirla al concepto de un objeto en general. Es ciertamente posible un uso puro de la categoría, es decir, que no encierra contradicción; pero tampoco tiene validez objetiva, porque no se refiere a ninguna intuición que deba, mediante la categoría, recibir unidad de objeto: pues la categoría es una mera función del pensamiento por la cual ningún objeto me es dado, sino que sólo es pensado lo que en la intuición pueda ser dado.”⁴²

En los anteriores párrafos se puede encontrar la distinción kantiana de los objetos: fenómenos y noúmenos.

⁴² KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 14ª edición, CD.MX.-México, editorial Porrúa, 2015, págs. 535-540.

El valor cognoscitivo en el uso de las categorías debe estar relacionado con la experiencia, pero en realidad nos es posible conocer lo que son las cosas "en sí mismas" (noumenos), al ser que el conocimiento se da de la representación que de las cosas en sí se genera de la experiencia posible (fenómenos).

Se puede concluir que todo cuanto el entendimiento produce, lo utiliza para el uso de la experiencia. Los principios del entendimiento puro son un esquema para la experiencia posible; dado que adquiere su unidad únicamente de la unidad sintética que el entendimiento genera de manera originaria y dé como resultado la síntesis de la imaginación, con alusión a la percepción; y en esa unidad deben los fenómenos funcionar como una base a priori al establecer una relación y concordancia de cualquier posible experiencia.

De acuerdo con las anteriores ideas, el entendimiento sólo puede hacer uso de sus principios a priori y de sus conceptos en el campo empírico y nunca transcendental; es decir, en vincularlo a objetos de una experiencia posible (fenómenos), a diferencia del uso transcendental de un concepto, que estriba en referirlo a las cosas en sí mismas. Esto es así dado que el objeto es dado a un concepto por medio de la intuición, y aun cuando una intuición pura puede ser anterior al objeto, ésta por sí misma no puede recibir su objeto sino sólo a través de la intuición empírica, lo que le da validez objetiva.

Resumiendo, todos los principios (aun a priori) y todos los objetos se refieren a intuiciones empíricas, a datos para la experiencia posible, al ser éstos el único medio para una validez objetiva. Es decir, es necesario buscar la correspondencia empírica de los principios y de los objetos para otorgarles significación.

De esta manera, los conceptos puros del entendimiento sólo son de aplicación empírica y no trascendental, y los principios del entendimiento puro son aludidos siempre a los objetos de los sentidos. El entendimiento a priori sólo anticipa

la forma de una experiencia posible; la cosa en sí misma es el objeto de la experiencia y de este el resultado es el fenómeno, pero el fenómeno no puede saltarse el muro de la sensibilidad: sólo por la sensibilidad los objetos nos son dados.

Por lo tanto, de acuerdo con Kant, el fenómeno no es algo en sí mismo que se ubique fuera de nuestra manera de representar; en cambio, hace alusión a algo cuya representación inmediata es sensible pero que, suprimido de la estructura de la sensibilidad, deja a lo que da origen al fenómeno como un objeto autónomo de la sensibilidad.

Siguiendo una lógica de causalidad, si se considera a los fenómenos como los objetos de los sentidos, intrínsecamente se reconoce que están basados sobre una cosa en sí, pero de la cual se desconoce su constitución en sí. Es decir, únicamente se tiene acceso a los fenómenos de las cosas, lo que equivale a decir que los fenómenos son el resultado de como la cosa en sí afecta a los sentidos.

La conclusión es que el conocimiento se circunscribe a los fenómenos, de tal manera que no se puede acceder al conocimiento en sí de las cosas (noumenos); el concepto que se genera del proceso de conocimiento no debe ni puede ser confundido con la cosa en sí.

4. Los juicios analíticos y los juicios sintéticos

Como se ha señalado, el juicio es la función del entendimiento. Éste hace referencia de un concepto a otra representación.

Existen dos clases de juicios: los juicios analíticos y los juicios sintéticos. La distinción de ellos dependerá de la relación que guarde el predicado con el sujeto.

a) Juicios analíticos. En ellos, el predicado se encuentra incluido dentro de la noción del sujeto, por ejemplo: Un reloj da la hora. La noción de indicar la hora está

incluida en la noción de reloj; el predicado se infiere de manera directa y se encuentra implícito dentro del sujeto.

En los juicios analíticos, basta examinar con detenimiento el sujeto para comprender que el predicado está incluido. Puesto que en este tipo de juicios el predicado es una característica del sujeto, el conocimiento que aporta es universal y necesario.⁴³

En un primer momento se puede afirmar que los juicios analíticos no amplían el conocimiento.

b) Los juicios sintéticos. El predicado no está implícito en la noción del sujeto. Por ejemplo: el reloj es de metal. El predicado metal no se infiere de manera directa cuando se piensa en el sujeto reloj. En este ejemplo en concreto, el medio de comprobación es la experiencia.

Los juicios sintéticos sí amplían y aumentan los conocimientos (analíticamente se sabía que un reloj da la hora, pero ahora por medio de una experiencia sensible se percibe que está construido en metal). A esta característica de los juicios sintéticos de expandir el conocimiento le llama Kant extensión; es decir, los juicios sintéticos son extensivos.

Hasta ahora se han analizado juicios sintéticos a posteriori, cuya corroboración es por medio de la experiencia, pero este tipo de juicios no son universales ni necesarios, por lo que resultan ser contingentes y particulares. Sirva como referencia la siguiente tabla elaborada por el Dr. Lutz Alexander Keferstein, en sus clases del Doctorado en Ciencias Jurídicas de 2016.

⁴³ Necesario	No puede ser / No puede no ser (de otra manera)
Contingente	Puede ser / Puede no ser

Tabla 2 Tipos de juicio por la relación entre su origen y sus procesos⁴⁴

Tipos de juicio	A priori	A posteriori
Analíticos (o explicativos)	Definicionales	
Sintéticos (o extensivos)	Concluyentes / normativos / legales [Resultan en los juicios (leyes) de la lógica, la matemática, la física teórica, la geometría y la moral]	Descriptivos (Emitidos sobre las cuestiones de hechos – <i>Tatsachen/matters of fact</i> . Son TODOS los demás)

Esquema 2 La diferencia entre lo a priori y lo posteriori⁴⁵

A priori → Son UNIVERSALES y NECESARIOS

Su origen está exento de toda experiencia.

A posteriori → Son PARTICULARES y CONTINGENTES

Su origen es posterior a la experiencia.

- Universales {
- 1) Válidos para todos los sujetos cognoscentes
 - 2) Válidos para todos los objetos cognoscidos pertenecientes al mismo conjunto (o sea, modificables con el mismo predicado)

4.1 Los juicios analíticos y los juicios sintéticos a priori

Para Kant existen dos tipos de proposiciones necesarias: los juicios analíticos a priori y los juicios sintéticos a priori. “La necesidad de los primeros se respalda en significados e inferencias deductivas y, por consiguiente, tiene un

⁴⁴ Creación propia

⁴⁵ Clases impartidas por Lutz Alexander Keferstein, doctorado en ciencias jurídicas 2016.

carácter lógico-semántico; la necesidad de los segundos es, en cambio, extensiva y se remite a condiciones a priori, tiene un carácter epistémico.”⁴⁶

Respecto de los juicios sintéticos a priori, “Kant busca un concepto de necesidad extensiva que no se limite a la legalidad lógica y permita ampliar con solidez el conocimiento: este es el concepto de sintético a priori.”⁴⁷

Como se ha señalado antes, en los juicios analíticos de manera implícita el predicado está contenido dentro del sujeto. Ellos tienen su respaldo en el principio de no-contradicción y de identidad, y son meramente explicativos.

Kant ofrece tres criterios para reconocer cuando un juicio es analítico: (1) pertenecer o estar contenido un concepto en el otro, (2) basarse en el principio de identidad, la ley de no contradicción, o más generalmente, en las leyes de la lógica clásica, y (3) ser un juicio meramente elucidativo y no informativo.⁴⁸

Según explica Isabel Cabrera, “Kant no considera que toda proposición analítica sea tautológica (...) existen juicios que requieren de significados previos”,⁴⁹ pues para negar o afirmar su contenido es necesario que se tengan presupuestos o conceptos anteriores aceptados, o definiciones en nuestro bagaje conceptual.

Las definiciones tienen requerimientos más estrictos que los juicios analíticos, ya que deben ser completas, precisas, concisas y, más que respaldarlos, presuponerlos⁵⁰. Por ejemplo, cuando se afirma que el concepto de "racional" está contenido en el de "hombre", no significa que tal afirmación se dedujo con base en una definición.

⁴⁶ CABRERA, Isabel, “Conocimiento Necesario en Kant”, en *Diánoia: Revista de Filosofía*, México, volumen XLI, número 41, 1995, mayo de 1995, consultado en: <https://doi.org/10.22201/iifs.18704913e.1995.41>, día de consulta: 17 de abril de 2017, p 125.

⁴⁷ *Ibidem.* pág. 126.

⁴⁸ *Ibidem.* pág. 127.

⁴⁹ *Ibidem.* pág. 128.

⁵⁰ *Ídem.*

Seguendo a Kant, se afirma que para generar un juicio analítico es suficiente dar una explicación parcial, incompleta, pero que indique notas fundamentales. La definición entonces no es un presupuesto de un juicio analítico, sino un campo independiente de análisis.

Seguiente a Kant, las definiciones son juicios sintéticos o reconocen juicios como presupuesto. Más aún, distingue entre definiciones sintéticas y definiciones analíticas. Las definiciones analíticas son aquellas que aportan conceptos "dados" (ya sean estos a priori o empíricos),⁵¹ Mientras que las definiciones sintéticas implican conceptos "construidos"⁵².

La definición analítica implica el análisis de un concepto previamente dado, por lo que requiere del respaldo de una definición sintética ya generada; en palabras más claras "todo concepto dado presupone un concepto construido".⁵³

Cuando se busca definir un concepto a priori, la exhaustividad nunca es certera. Esto tiene su fundamento en que, como ya se ha explicado, el conocimiento se basa en la sensibilidad, y el entendimiento, en la intuición y en el concepto, y no hay concepto sin intuición.

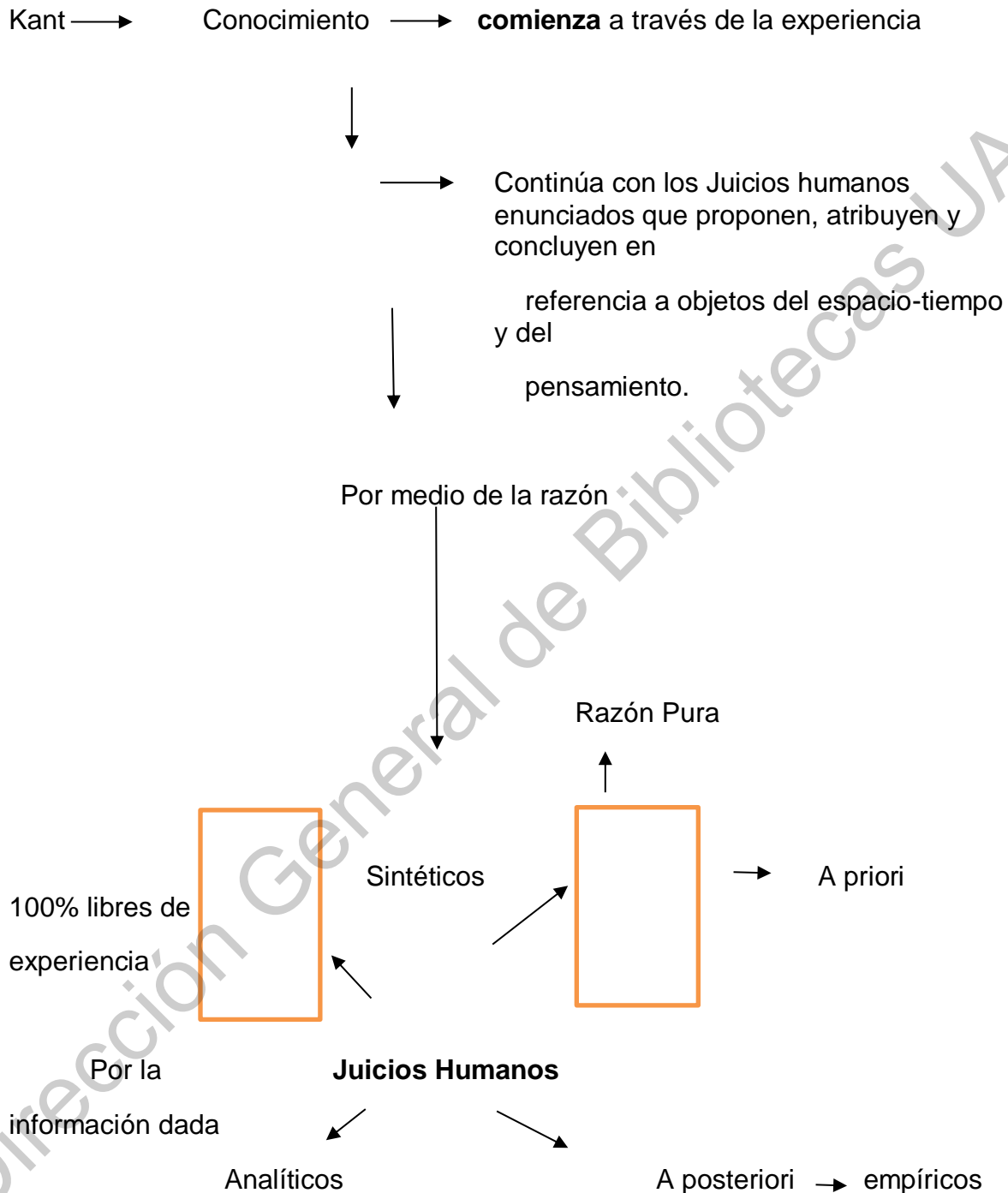
En otras palabras, aun cuando logran determinarse las características necesarias de un concepto, se debe hacer referencia, al definir, a las condiciones generales en las que el concepto a definir es aplicado, para así cerciorarnos de la correspondencia. A su vez, las condiciones de aplicación de un concepto pueden variar, por lo que sus límites no son seguros y una nueva observación puede añadir o suprimir características.

⁵¹ *Ídem.*

⁵² *Ibidem.* pág. 129

⁵³ *Ídem.*

Esquema 3 El conocimiento y los juicios humanos⁵⁴

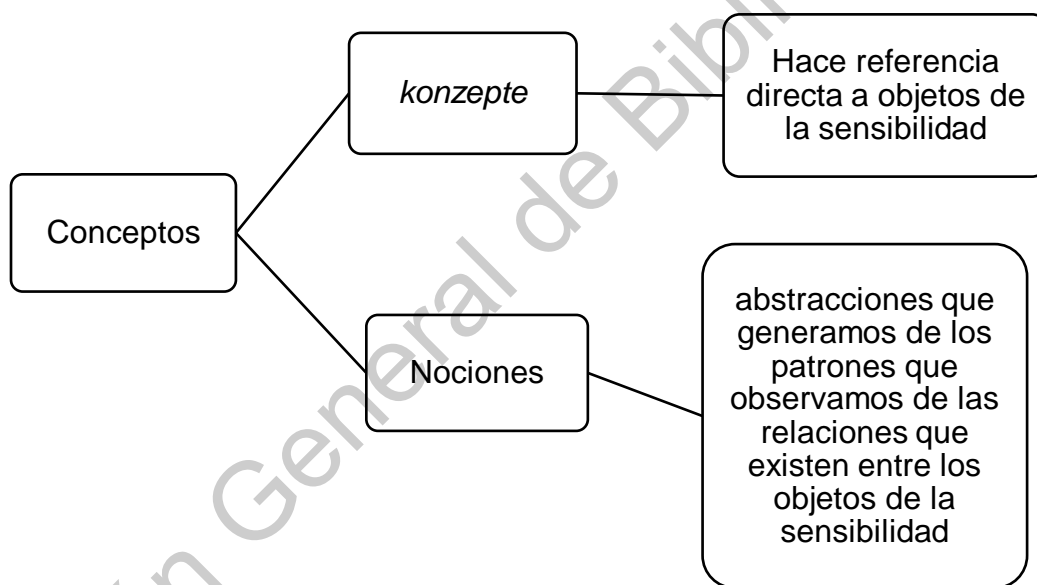


⁵⁴ Elaborado por el Dr. Lutz Alexander Keferstein, en sus clases de Doctorado en Ciencias Jurídicas de 2016, Universidad Autónoma de Querétaro. México.

5. Las nociones y los conceptos

Los conceptos se dividen en dos clases las nociones y los *konzepte*. Nosotros creamos conceptos al hacer referencia directa a objetos de la sensibilidad (*konzepte*), pero hay otros conceptos que son abstracciones que generamos de los patrones que observamos entre dichos objetos de la sensibilidad (nociones), y será el individuo que conforme a su propio bagaje conceptual construya, si bien la racionalidad hace que existan estándares de interpretación del mundo, mucho de esta construcción depende de la percepción misma del individuo que lo crea.

Esquema 4 Conceptos y nociones⁵⁵



Es decir los conceptos se componen de dos clases, una que son los *konzepte* que hacen referencia directa a los objetos de la sensibilidad, como silla, pato, libro, que por ello resulta más fácil su definición al existir una confrontación directa con un objeto sensible mediante un examen de correspondencia con sus dificultades; mientras que la otra clase serán las nociones que serán aquellos conceptos que nosotros desprendemos de la relaciones que se generan entre los

⁵⁵ Creación propia.

objetos de la sensibilidad, si por ejemplo unimos los objetos de tanque, soldados, uniforme militar, armas, muertos, etc, podemos formar la noción de guerra, lo que hace más difícil de definir dado la complejidad de establecer todas y cada una de las relaciones de los objetos.

En el siguiente apartado nos enfocaremos a demostrar la dificultad que se tiene para definir conceptos, pero refiriéndonos a la clase de nociones, tomando en este caso concepto y noción como sinónimos.

6. Las definiciones

Kant señala que la “Verdad es la concordancia del conocimiento con el objeto.”⁵⁶ A propósito del tema, se refiere de nuevo lo correspondiente a la barrera que existe entre la cosa en sí y el conocimiento que se genera, donde siempre será imposible acceder a la esencia misma de una cosa.

A la anterior definición de verdad Alberto Vanzo la nombra “La fórmula de la concordancia”⁵⁷, pero en palabras de dicho autor lo que indica Kant con la fórmula de concordancia es sólo que “Se trata de la definición nominal de verdad.”⁵⁸ En otros términos, la fórmula de concordancia ilustra que el significado del predicado es “verdad”, que es el contenido que la gente en general da al concepto de verdad, pero esto no provee examen alguno para distinguir juicios verdaderos de los falsos.⁵⁹

Del proceso de conocimiento se pueden generar tanto conceptos simples como complejos. Analizar un concepto se refiere a desentrañar, como diría Vanzo,

⁵⁶KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 14ª edición, CD.MX.-México, editorial Porrúa, 2015. pág. 432.

⁵⁷VANZO, Alberto, “*Kant on the nominal definition of truth*”, en *Kant- Studien, Alemania*, volumen CI, número 2, junio de 2010, consultado en: <https://doi.org/10.1515/Kant.2010.011>, consultado: 05 de abril de 2017, p.148.

⁵⁸ *Ibidem.* págs. 149-150.

⁵⁹ *Ibidem.*

las marcas que distinguen la representación, es decir, los rasgos distintivos del concepto, lo que lo diferencia de otros, establecer su contenido y sus límites. Al respecto recuérdese que “Las marcas base de un concepto pueden ser tanto intuiciones como otros conceptos, y son estos últimos los que deben delimitarse para la definición.”⁶⁰

En este orden de ideas, las marcas distintivas son representaciones parciales, y sólo integrándolas se puede formar un concepto complejo. Por ejemplo, las marcas del concepto de norma pueden ser PRECEPTO, CUMPLIMIENTO, REGULACIÓN, DISPOSICIÓN etc. Por lo tanto, para conocer el contenido de este concepto complejo, primero es necesario saber de cuáles marcas está constituido y comprenderlas aisladamente.

Por lo que refiere a las marcas que conforman una definición, es necesario separar las necesarias de las contingentes. Lo contingente es todo aquello de lo cual se puede prescindir sin afectar al concepto, porque realmente no pertenece a él. Un ejemplo es PRECEPTO y JURICIDAD, que son marcas en el concepto de norma para una persona. Mediante un análisis, se encuentra que juricidad es contingente en el concepto de norma, mientras que precepto es una marca distintiva de dicho concepto.

Las marcas distintivas pueden ser mediatas o inmediatas. Mediatas son las marcas ya incluidas dentro de otra marca. Siguiendo con el ejemplo propuesto, como marcas del concepto norma se pueden colocar PRECEPTO, CUMPLIMIENTO, REGULACIÓN, DISPOSICIÓN. En este caso, CUMPLIMIENTO es también característica o marca destinataria de PRECEPTO, por lo que CUMPLIMIENTO es una marca mediata de norma. De esta manera, en un concepto “Las marcas inmediatas necesarias son los características esenciales, mientras que las marcas esenciales mediatas serán los atributos.”⁶¹

⁶⁰ *Ídem.*

⁶¹ *Ibídem.* pág. 152.

La esencia del concepto o su esencia lógica es el complejo de las marcas que delimitan toda su extensión, lo que implica tanto sus características denominadas esenciales como sus atributos. Lo cual resultará dificultoso por no decir imposible, pero la intención será tener la mayor cercanía a estos puntos.

Vanzo indica que la lista de características que debe contener una definición según Kant son las de nitidez, extensiva completitud, precisión, originalidad y referencia a un objeto.⁶²

La nitidez se divide en extensiva e intensiva. Extensivo se refiere a si a alguien le es posible “distinguir” la esencia del concepto, e intensiva a si alguien puede distinguir tanto los atributos como la esencia de un concepto. Una definición debe cumplir con la característica de intensivamente nítida.

Por extensiva completitud se entiende que se deben enumerar todas las marcas esenciales del concepto definido, lo cual resulta ser imposible al recordar que los conceptos se mueven en contextos, entonces extensiva completitud será buscar señalar la lista más completa de marcas en un determinado tiempo y espacio, al ser que como señalábamos los conceptos evolucionan y cambian.

La precisión significa que ninguna de las marcas distintivas que se expresan está analíticamente implícita en otra u otras y que no repita alguna de ellas.

A la exposición que es completa y precisa se le nombra adecuada. La adecuación es la cualidad que distingue a una mera descripción de una definición, pues la primera carece de una apropiada y completa enumeración de características.

⁶² *Ibidem.* págs. 153-155.

Las definiciones tendrán la característica de originalidad si menciona la esencia del concepto. Sin embargo, las definiciones también pueden ser derivadas; por ejemplo, de norma puede mencionarse PRECEPTO, CUMPLIMIENTO, REGULACIÓN, DISPOSICIÓN, etc., pero CUMPLIMIENTO es también característica o marca destinaria de PRECEPTO, por lo que CUMPLIMIENTO es una marca mediata de norma. Así que, en un concepto, “Las marcas inmediatas necesarias son las características esenciales, lo que hace que se cumpla con la característica de originalidad, mientras que las marcas esenciales mediatas serán los atributos”,⁶³ y se estará entonces, si se habla de cuestiones mediatas, refiriendo una definición derivada. Otro extremo de la originalidad debe ser que no se incluyan propiedades que no le pertenecen al concepto, aquí es pertinente indicar de nueva cuenta características contingentes, que de no incluirse el concepto se mantendría además que será más claro.

Por último, cuando se indica que una definición debe ser sobre un objeto, hace referencia un concepto. En este orden de ideas, Venzo explica que conforme a la teoría Kantiana, “Una distinta, completa, precisa, original y verdadera exposición de un concepto con una extensión vacía no es una definición en propio sentido.”⁶⁴ Al respecto, el mismo Kant precisa:

“La categoría o concepto puro, en el contexto del conocimiento, no tiene otro uso que el de su aplicación a los objetos de la experiencia. Los conceptos sólo adquieren ‘sentido y significación’ cuando se ajustan a una intuición empírica.”⁶⁵

Pero ahora bien, no nos referimos únicamente a los conceptos que hacen referencia a objetos de la sensibilidad, sino preferente a las nociones, donde las

⁶³ *Ibidem*. pág. 152.

⁶⁴ *Ibidem*. pág. 155.

⁶⁵ MONTERO, Fernando, *La deducción de las categorías kantianas*, en Teorema: Revista Internacional de Filosofía, España, volumen VI, número 2, mayo-agosto de 1976, consultada en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2046501>, consultado el 13 de marzo de 2017. pág. 255.

referencias serán las relaciones con los objetos de la sensibilidad, que serán el marco de la definición. Además, es importante señalar que si un concepto no tiene extensión, por lo tanto no tiene límites, por lo que será imposible alcanzar una certeza al menos en un determinado tiempo y espacio de análisis contextual. Su veracidad como normas de un lenguaje depende del material empírico que las llena.⁶⁶

Es por eso que todo lo que aquí se indica debe de partir de la premisa expuesta con anterioridad que indica que “Aun cuando se logran determinar las características necesarias de un concepto, se debe hacer referencia, al definir, a las condiciones generales en las que el concepto a definir es aplicado, para así cerciorarnos de la correspondencia.”⁶⁷ A su vez, las condiciones de aplicación de un concepto pueden variar, por lo que sus límites no son seguros y una nueva observación puede añadir o suprimir características.

Entonces,

“...en una definición funcional no nos limitamos a equiparar una palabra con el producto lógico de predicados lógicos elegidos arbitrariamente, sino que realizamos por lo menos un juicio existencial problemático y establecemos las condiciones bajo las cuales este juicio puede ser verificado, de modo que podamos observar que el definiendum tiene referencia objetiva. (Es entonces que la definición real) es la última etapa en el progreso del conocimiento, siendo precedida por el análisis de conceptos dados, expresados en juicios analíticos.”⁶⁸

⁶⁶ WHITE, Beck Lewis, “La teoría kantiana de la definición”, en *Eidos: Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, traductor Daniel Perrone, Estados Unidos, volumen X, número 18, enero-junio de 2013, pág. 184, consultado en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572013000100008, consultado el 11 de abril de 2017.

⁶⁷ *Ídem*.

⁶⁸ WHITE, Beck Lewis, “La teoría kantiana de la definición”, en *Eidos: Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, traductor Daniel Perrone, Estados Unidos, volumen X, número 18, enero-junio de 2013, consultado en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572013000100008 consultado el 11 de abril de 2017, p.184.

Antes de proseguir con una breve conclusión, es importante indicar que en este trabajo se optará por el término de definición funcional y no real, como lo explica el Dr. Alexander Keferstein⁶⁹. Este refiere que cotidianamente, el término alemán *Wirklichkeit* se ha traducido al castellano como Realidad (en inglés, Reality). Efectivamente, la traducción coloquial es esa. Sin embargo, el sustantivo *Wirklichkeit* comparte raíz con *Werken* (Funcionar). Ambos provienen de la raíz del godo premedieval *Wurk* (en inglés se transformó en *Work* -trabajar, funcionar). Mientras que para el latín la realidad, por su raíz *res*, es el mundo de las cosas, para el alemán es el mundo de lo que funciona, la funcionalidad. “La corroboración de los discursos que ordenan el mundo radica en la comprobación de su funcionalidad descriptiva.”⁷⁰Para los alemanes, si funciona es, para fines prácticos, real.⁷¹

De acuerdo con los anteriores argumentos, las definiciones funcionales serán aquéllas que posean una extensión. En el otro extremo se encuentran las definiciones nominales, que son descripciones de un concepto incompletas o imprecisas.

En conclusión, para tener una definición funcional en estricto sentido, debe ésta originarse de un objeto del campo de la experiencia (extensión), que además sea nítida para poderla distinguir, completa en el sentido extensivo, precisa y original.

⁶⁹ Dr. Lutz Alexander Keferstein, en sus clases de Doctorado en Ciencias Jurídicas de 2016, Universidad Autónoma de Querétaro. México

⁷⁰ *Ídem*.

⁷¹ MONTERO, Fernando, “La deducción de las categorías kantianas”, en *Teorema: Revista Internacional de Filosofía*, España, volumen VI, número 2, mayo-agosto de 1976, consultada en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2046501>, consultado el 13 de marzo de 2017, pág. 265.

6.1 Conceptos, definiciones y palabras

Ahora bien, es necesario hacer una precisión respecto a las palabras, los conceptos y las cosas:

“Las palabras expresan conceptos y refieren cosas. Las palabras no son símbolos, que encajan (en caso de las palabras escritas) o sonidos (en caso de las palabras habladas) reproduciendo las características de las cosas. Ellas son signos que no contienen nada que pertenezca a la intuición del objeto. Esto implica que el vínculo entre palabras y conceptos no es natural, sino arbitrario. Las palabras no expresan el conjunto de nuestros conceptos. Las palabras expresan la esencia lógica de los conceptos.”⁷²

A la palabra que se produce por sonido, escritura o cualquier medio de identificación inequívoco (lenguaje de señas), se denomina signo lingüístico.

De Saussure indica que “Lo que el signo lingüístico une no es una cosa y un nombre, sino un concepto y una imagen acústica. La imagen acústica no es el sonido material, cosa puramente física, sino su huella psíquica, la representación que de él nos da el testimonio de nuestros sentidos; esa imagen es sensorial, y si llegamos a llamarla «material» es solamente en este sentido y por oposición al otro término de la asociación, el concepto, generalmente más abstracto.”⁷³

Los conceptos son entidades mentales, por lo que guardan interdependencia con los pensamientos de las personas. Es común por ello que algunas personas vinculen una palabra con conceptos que tienen una intención diferente. Por ejemplo, para alguien la idea de norma puede estar siempre

⁷² VANZO, Alberto, *Kant on the nominal definition of truth*, en *Kant- Studien*, Alemania, volumen CI, número 2, junio de 2010, consultado en: <https://doi.org/10.1515/Kant.2010.011> consultado: 05 de abril de 2017, pág. 156.

⁷³ *Ídem*.

vinculada con un carácter moral, mientras que para otros se limita a una cuestión de cumplimiento sin vincular dicha moralidad.

Por otra parte, el contenido mismo de un concepto está sujeto a cambios en el transcurso del tiempo; entre otras razones, porque los conceptos se van adecuando a los resultados de las experiencias empíricas, pero también a los cambios sociales. En consecuencia, una misma palabra va adquiriendo contenidos que antes no poseía para cumplir necesidades comunicativas.

Respecto a los cambios y adaptaciones de las palabras, para Vanzo,⁷⁴ el concepto que una persona en particular asocia con una cierta palabra es el significado del hablante para esa palabra. Por el contrario, el concepto que las personas usualmente asocian con una cierta palabra es el significado literal. El significado de un término no consiste sólo en el significado del hablante como tampoco en el significado literal.

El habla y por lo tanto los conceptos relacionados con los fenómenos nacen de un acuerdo social, por lo que una comunidad tiene un uso comúnmente aceptado de las palabras. Al respecto, De Saussure explica la cristalización social del lenguaje:

“Entre todos los individuos así ligados por el lenguaje, se establecerá una especie de promedio: todos reproducirán —no exactamente, sin duda, pero sí aproximadamente— los mismos signos unidos a los mismos conceptos.

(...)

Al separar la lengua del habla (*langue et parole*), se separa a la vez:

1° lo que es social de lo que es individual; 2° lo que es esencial de lo que es accesorio y más o menos accidental.”⁷⁵

⁷⁴ DE SAUSSURE, Ferdinand, *Curso de lingüística general*, 24ª edición, Argentina – Buenos Aires, editorial Losada, 2002, págs. 105- 106.

⁷⁵ VANZO, Alberto, Kant on the nominal definition of truth, en *Kant- Studien*, Alemania, volumen CI, número 2, junio de 2010, consultado en: <https://doi.org/10.1515/Kant.2010.011> consultado: 05 de abril de 2017, pág. 157.

Existe entonces un convenio social tácito para los significados que guardan entre sí concepto y signo lingüístico. De tal manera, si alguien asocia una palabra con un sentido del todo diferente a lo socialmente aceptado, estará violando dicho convenio al ser un significado inasequible, oscuro al entendimiento e incluso inaceptable.

Por lo tanto, “La procura de definiciones de conceptos empíricos está justificada por las exigencias técnicas de la comunicación en un lenguaje relativamente no ambiguo. Tenemos, cada tanto, la necesidad de arreglar el significado de un concepto, y lo hacemos mediante una definición nominal, una declaración”⁷⁶ en una primera etapa, para después encontrar su uso adecuado funcional mediante un análisis sintético que provea de una definición funcional.

En resumen, lo que se realiza en el proceso comunicativo es, en términos generales, reconocer las características que son suficientes para distinguir a unos objetos de otros, lo que no describe la esencia lógica funcional del concepto. Lo que sucede es que solamente se puede estar consciente de manera parcial del contenido de los conceptos, que de acuerdo con su uso y el contexto de éste pueden ser representaciones parciales, en las que no se distinguen sus límites con claridad suficiente para saber su uso adecuado y correcto. Es por ello que son diferentes las marcas básicas usadas individualmente por las personas, de las que forman un análisis completo de un concepto.

A modo de resumen del presente apartado:⁷⁷

⁷⁶ WHITE, Beck Lewis, “La teoría kantiana de la definición”, en Eidos: Revista de Filosofía de la Universidad del Norte, traductor Daniel Perrone, Estados Unidos, volumen X, número 18, enero-junio de 2013, consultado en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572013000100008 consultado el 11 de abril de 2017, pág. 191.

⁷⁷ VANZO, Alberto, Kant on the nominal definition of truth, en Kant- Studien, Alemania, volumen CI, número 2, junio de 2010, consultado en: <https://doi.org/10.1515/Kant.2010.011> consultado: 05 de abril de 2017, pág. 159.

- + Las definiciones nominales son los conceptos que las personas usualmente asocian con palabras, lo que es diferente a lo que una persona en lo individual asocia con la palabra.
- + Las definiciones nominales ilustran el contenido de los conceptos que se relacionan con ciertas palabras. La expansión del concepto es determinado por el mismo concepto.
- + La unión entre palabras y su esencia lógica es arbitraria. Las definiciones nominales contienen el significado que arbitrariamente se asigna a un cierto nombre o palabra.
- + Es imposible acceder a la comprensión de las cosas en sí mismas. “Las definiciones nominales y las definiciones funcionales no proporcionan información alguna sobre los objetos que no esté contenida en los conceptos. En efecto, al menos que estipulen el significado de un nuevo término, las definiciones nominales son juicios analíticos. Sólo los juicios sintéticos amplían el conocimiento.”⁷⁸
- + La fórmula de concordancia corresponde a que la gente en general entiende como la concepción de verdad, donde sólo aparece el significado de la palabra asociado a su uso común. Es decir, la fórmula de concordancia provee el significado lógico derivado del uso común de un término, mas no la definición funcional.

Puesto que las definiciones nominales no indican las características esenciales de los conceptos relacionados a un objeto, se necesita construir una definición que abarque las cualidades de una definición nominal, pero que trascienda hacia una definición funcional; sólo así se podrá distinguir un concepto de otro que sea semejante.

Por ejemplo, para la gente en general demanda (judicial) es pedir algo en cualquier materia del derecho, por lo que se suele escuchar demanda penal, pero

⁷⁸ *Ídem.*

si se construye una definición funcional será posible distinguir las diferencias, en este caso, entre una demanda civil y una denuncia penal.

La definición funcional “No sólo pone una palabra en lugar de otras, el *definiens* también contiene una nota clara por la cual el objeto puede ser reconocido, y en virtud de la cual se muestra la realidad objetiva del concepto definido, por la que se muestra que hay una cosa definida (...) la definición real”⁷⁹, por lo tanto, es una parte, y no meramente una herramienta, del conocimiento. “La definición real establece la esencia real constituida por predicado reales, no meramente por predicados lógicos incluidos (ya pensados en) el concepto de sujeto. De aquí que una definición real es un juicio sintético.”⁸⁰

Una definición funcional provee un catálogo de marcas que definen al concepto y permiten distinguir un concepto de otro que pudiera ser parecido, al exponer las barreras reales de las verdaderas marcas. Un ejemplo común puede ser estar enojado (estar realmente molesto) y enfadado (estar incómodo sin llegar a enojo), otro ejemplo puede ser la diferencia entre prescripción, preclusión y caducidad; la primera hace ineficaz a la acción, la segunda por su parte es una sanción a la falta de oportunidad de un acto procesal, la caducidad genera la sanción a la inactividad procesal total.

Además, una definición funcional tiene una extensión de uso empírico, da un criterio de aplicación, a diferencia de las nominales, que están caracterizadas por la diferencia suficiente sólo para entenderlas pero no para usarlas de manera indudablemente correcta.

⁷⁹ ⁷⁹ WHITE, Beck Lewis, “La teoría kantiana de la definición”, en *Eidos: Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, traductor Daniel Perrone, Estados Unidos, volumen X, número 18, enero-junio de 2013, consultado en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572013000100008 consultado el 11 de abril de 2017, pág. 182.

⁸⁰ DE SAUSSURE, Ferdinand, *Curso de lingüística general*, 24ª edición, Argentina – Buenos Aires, editorial Losada, 2002, págs. 105-106.

De esta manera, definición funcional provee un criterio de discriminación de un juicio verdadero a uno falso, dado que implica la correspondencia con el uso correcto en un campo de aplicación real, y no sólo se ocupa de que un juicio esté construido internamente de manera lógica.

Ahora bien, todas las categorías que se han enunciado y explicado, nos dan un marco referencial para estudiar el principio pro persona, en especial a partir del concepto de nociones, pues dicho principio al igual que las nociones no se entiende sin antes analizar su función en este caso su función dentro de un sistema jurídico, su sustento jurídico-filosófico y el impacto que tiene en las decisiones que se toman dentro de un sistema, pues ello es lo que dota de contenido y cambia dependiendo del tiempo y espacio en que se aplique.

En otras palabras, el principio pro persona no se entiende de la misma forma en un sistema, sin antes saber cuál es la pretensión de que se encuentre inserto en él. Para ser más claros: un sistema jurídico puede entenderse como un pacto o acuerdo entre sujetos que buscan un mismo fin o bien común. En ese entendido, un principio que en teoría busca el mayor beneficio para esos sujetos que crean un sistema, está irremediamente vinculado con pretensiones morales que se ven reflejados en la parte sustancial del sistema.

Luego entonces, el contenido y significado del principio pro persona no se puede verificar sin antes tomar en consideración las circunstancias que rodean su aplicación. Es decir, es un concepto con una verificación de corte analítico desde sus circunstancias particulares con base en la función que ejecuta.

Es por ello, que resulta esencial analizar en el siguiente apartado la tónica jurídica, pues a partir de ello se pueden sumar a nuestro análisis aquellas categorizaciones que escapan a la noción de un sistema de carácter cerrado.

CAPÍTULO I “Tópica Jurídica”

1. Razonamiento apodíctico y dialéctico

Es importante reflexionar sobre cuál es el sustento de las decisiones que se toman en el derecho, si está conformado por verdades indubitables que generan cadenas de juicios donde su resultado será necesariamente una respuesta única o, si por el contrario, se parte de argumentos probables, verosímiles, plausibles, donde no es posible hablar de verdades absolutas sino sólo de opiniones más o menos respaldadas,⁸¹ que ofrecen varias soluciones. Por tal motivo, será de suma importancia que al elegir una de las anteriores opciones, se cuide de que sea formulada con base en una cadena concatenada de juicios que se respalde en oraciones y a su vez conformen una unidad.

El derecho no puede dar respuestas únicas, sólo da respuestas plausibles, porque junto a cada una de ellas habrá otra igualmente válida, por lo menos en la mayoría de los casos. Por lo tanto, para sustentar la validez de estas soluciones, es necesario que ésta se construya partiendo de cimientos basados en argumentaciones apegadas al sistema jurídico por medio de la coherencia, sin que esto signifique que otra contestación no pueda ser también correcta.

Entonces, ¿cuál es el tipo de razonamiento que se utiliza en la solución de problemas jurídicos?

Cuando se trata de cuestiones donde se parte de verdades, se aplica el razonamiento demostrativo o apodíctico⁸². Al tratar asuntos donde las premisas y su resultado son verosímiles, se usa el razonamiento dialéctico.

⁸¹ ARISTÓTELES, *Tópicos I, Tratados de la Lógica*. Madrid, Gredos, 1982, consultado en <https://docs.google.com/file/d/0By4kcbi6MzzdcDN4eHJpTnlCRGs/edit>, cit. García, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*. Madrid, España, Cívitas, S.A., 1988, pág. 46.

⁸² *Ibídem.* págs. 46- 47.

Las verdades apodícticas tienen su fundamento en el razonamiento demostrativo, donde se constituye su estructura de elementos necesarios. Cuando esto no es posible, como es en el derecho, la solución de los problemas las dará la dialéctica, en donde lo que se entabla es un dialogo sostenido con argumentos donde se confrontan opiniones admisibles, donde cada una de ellas se sustenta por la coherencia con respecto al marco de disposiciones legales, al consenso que se dé con ellas y a la utilización de la razón práctica.

La dialéctica se revela decisivamente importante cuando uno se halla en presencia de dos proposiciones opuestas (contrarias o contradictorias), para cada una de las cuales se puedan proponer argumentos de la misma fuerza probatoria, de manera que deba darse un alto en la investigación dado que uno no esté capacitado para decidir mediante el método apodíctico cuál de las dos es la verdadera.⁸³

La diferencia entre un razonamiento dialéctico y uno apodíctico no es la lógica en que se sustenta, toda vez que ambos se rigen por las leyes formales de cualquier estructura, sino **“La condición epistemológica de las premisas de que parte”**⁸⁴, dado que el resultado siempre estará conformado por las premisas de las cuales se desprende. Por lo tanto, si las premisas anteriores a la conclusión no son verdades absolutas, es de concluirse que el resultado, al igual que estas, únicamente será plausible.

A las proposiciones probables, verosímiles o plausibles basadas en una opinión se les llama endoxa, y éstas son las que conforman el razonamiento dialéctico.

⁸³ ZANATTA, Marcelo, “*Dialéctica y Ciencia en Aristóteles*”, en *Anuario de Filosofía*, España, volumen XXXV, número 73, 2002, consultado en: <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/799/5/1.%20DIAL%20Y%20CIENCIA%20EN%20ARIST%20TELES%20MARCELLO%20ZANATTA.pdf>, consultado el 6 de septiembre de 2018, pág. 28.

⁸⁴ GARCÍA, Juan Antonio, *Teorías de la Tópica Jurídica*, Universidad de Oviedo, Editorial Civitas, 1998, pág. 48.

Pero es importante recordar, como indica García Amado, que si bien es posible que

“...el razonamiento demostrativo llegue a la verdad por partir de verdades apodícticas e indiscutidas y que el dialéctico parta solamente de estos enunciados plausibles, sujetos a opinión, no quiere decir que estos endoxa no puedan contener verdades. Lo que varía es el grado de certeza, la seguridad con que tal condición de verdad puede ser afirmada: como perfectamente segura, en el primer caso, o como insegura y discutible en el segundo.”⁸⁵

Se aclara en este punto que tanto el razonamiento dialéctico como el apodíctico se sustentan en las reglas generales de la lógica, así que no podrán usar como base premisas del todo irracionales e inverosímiles. Por una parte, deben ser formalmente correctas (lógica formal), lo que da corrección al razonamiento, y al mismo tiempo, deben estar dotadas de la razonabilidad, que provee de la aceptación dada por un respaldo social y la razón práctica.⁸⁶

2. Tópica y entimemas

La tónica será la encargada de aportar premisas plausibles, mismas que por sus características pueden acoplarse a los razonamientos para adecuarlos. Éstos se tornan entonces en razonamientos comúnmente aceptados, es decir, que se van construyendo conforme el entorno social. A estos enunciados se les nombra *topois* o “tópicos”.

⁸⁵ *Ibidem.* pág. 50.

⁸⁶ En la Crítica de la razón pura, algunas de sus premisas expusimos en el apartado de consideraciones previas, Kant explica cómo se genera el conocimiento y hasta donde se puede llegar a conocer un objeto, para con esto generar conceptos. Ahora bien, la actividad racional no se constriñe únicamente a generar conocimiento sobre los objetos, también el ser humano debe saber cómo debe comportarse entender los principios que para que una conducta sea racional y adecuada. Esta separación entre ambas esferas suele expresarse diciendo que la razón teórica será la que se ocupe de lo que es (la ciencia), mientras que la razón práctica indica lo que debe de ser (moral).

De hecho, Aristóteles recomienda recurrir a un lugar común, esto es, a un punto de vista generalmente aceptado, y tratar ese lugar común (*topois* o tópicos) mediante un entimema⁸⁷. Los entimemas son razonamientos conformados por medio de los *tipois* (lugares comunes).

Al utilizar la tónica como técnica del pensamiento se producirán conclusiones plausibles, pero es importante distinguir que la estructura debe utilizar para su conformación premisas necesarias para el resultado que se propone, además de que la estructura interna debe ser sólida y evitar contenido innecesario que reste fuerza al argumento.

La tónica debe mostrar primero cómo encontrar las premisas; la lógica las toma y trabaja con ellas.⁸⁸

Es claro que la lógica no puede desempeñar el papel de la obtención de las premisas, como lo indican los autores Moreso, Navarro y Redondo, ya que “Sólo proporciona un criterio para controlar la validez de una inferencia”⁸⁹; por ejemplo:⁹⁰

- i) En caso de ambigüedad, la lógica no proporciona un criterio para identificar a la mejor (la más justa, la más correcta) de las interpretaciones posibles de un texto legal; en cambio el pro persona nos da solución en caso de tener varias opciones elegir aquella que sea más benéfica a la persona.

⁸⁷ COFRÉ L., Juan Omar. “Lógica, tónica y retórica al servicio del derecho”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile.*, Chile, volumen XIII, número 1, 2002, [consultado en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_issues&pid=0718-0950,Valdivia](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_issues&pid=0718-0950,Valdivia), consultado el 19 de marzo de 2018, pág. 32.

⁸⁸ VIEHWEG, Theodor, *Tónica y Jurisprudencia*, Madrid, España, 2ª. edición, Editorial Thowson-Civitas, 2007, pág. 150.

⁸⁹ MORESO, Joseph-Joan, NAVARRO, Pablo E., y Redondo, María C., “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, volumen IX, número 11, 1992, pág. 259, consultada en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0c5k2>, consultada el 16 de marzo de 2018.

⁹⁰ *Ídem*.

- ii) en caso de vaguedad, la lógica no brinda un criterio de decisión respecto del alcance (extensión de un concepto); a diferencia del pro persona que nos hará buscar una interpretación de las posibles que sea más benéfica a la persona, y
- iii) en caso de pluralidad de normas, la lógica no provee de un criterio para decidir acerca de la norma aplicable. En este caso el pro persona nos da la directriz de elegir la norma que sea más benéfica a la persona.

Por otra parte, como indican Bitonte y Matienzo, Aristóteles habla dos tipos de lugares comunes, cuyas particularidades pueden abreviarse a través del siguiente cuadro:

Tabla 3 Tipos de Lugares Comunes⁹¹

Tipos	Características	Usos
Lugares communes	Lugares formales, esquemas lógicos abstractos	Aptos para cualquier tema.
Lugares especiales	Reservorio de argumentos: retoman creencias y valores, basados en ideas Comunes. Se relacionan con la doxa.	Aptos para temas determinados o un género particular (como será el derecho).

En un segundo momento, se puede observar que los tópicos se catalogan y usan para una disciplina. Al ser reconocidos como fórmulas

⁹¹ BITONTE, Maria E. y Teresita, MATIENZO. “Los fundamentos de la argumentación: Topos, garantías y pre-construidos culturales”, (Documento web) 2001, <http://semiotica2a.sociales.uba.ar/publicaciones/pubbitonte/>, 2 de marzo de 2018, págs. 1-15.

aplicables a la solución de conflictos, se convierten en tópicos específicos para diversas disciplinas, como es el caso del derecho.

¿Entonces los tópicos y las disposiciones son lo mismo?

Los tópicos son figuras que otorgan fundamentos a la argumentación, pero no es suficiente decir que, si los argumentos en el derecho se toman principalmente de las disposiciones y con ello que las disposiciones y los tópicos serán entonces conceptos con la misma función y por lo tanto lo mismo, si bien sirven para otorgar fundamento tienen una naturaleza diferente. Los tópicos siempre serán lo que se consideró en una determinada época, momento y sistema, lo adecuado y compartido socialmente o, en su defecto, lo pactado por el grupo que aplicaría el tópico.

Por ejemplo, en el caso de un tópico compartido por los juristas, ellos optarán por positivarlo si consideran que resulta importante su obligatoriedad. Esto no quiere decir que sólo podamos hablar de tópicos a partir de su existencia en las disposiciones, pues habrá algunos o muchos de ellos que no se encuentren positivados.

3. La aporía fundamental

Como indica Guastini⁹², toda disposición es susceptible de interpretación, hasta la que pareciera más clara, al ser que desde el momento mismo que se piensa un concepto se está interpretando, y será necesario conformar una estructura conforme se entrelazan e interpretan todos los conceptos en lo individual y en conjunto.

⁹² GUASTINI, Riccardo, “*Interpretare, costruire, argomentare*”, en *Osservatorio sulle fonti, Tribunale di Firenze*, Italia, volumen XIX, número 2, julio- diciembre de 2015, consultado en: <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/813-osf-2-2015-guastini>, consultado el 8 de marzo de 2018, págs. 24-25.

Esto significa que las soluciones que en el derecho se dan con base en la interpretación pueden dar diferentes resultados, y que solamente se hacen materiales cuando se someten a un caso concreto; es decir, no se puede hablar de una solución general para todos los casos, porque entra en juego tanto la interpretación de la disposición en general (en un sentido abstracto), como la interpretación de la disposición para el caso concreto.

Por lo tanto, en todo caso concreto la aplicación del derecho es un problema que acepta más de una respuesta, y que las respuestas que se obtienen son plausibles dado que no parten de premisas apodícticas.

Entonces, si no existe una verdad certera en la solución de problemas jurídicos, ¿qué es lo que da la solución para elegir entre las diferentes alternativas existentes?

Viehweg dirá que lo es la aporía fundamental; para él, lo justo aquí y ahora⁹³. Sin embargo, en este estudio se prefiere adoptar por el momento lo adecuado aquí y ahora, porque se considera que el estudio de lo justo es algo difícil de acotar de manera precisa y definicional.

Se opta por lo adecuado porque no basta con que se inserten principios morales de manera positiva en un sistema jurídico, incluso cuando se integren a nivel constitucional, puesto que las leyes son contingentes y pueden cambiar a voluntad, y se acude a los tópicos porque ellos permitirán encontrar lo adecuado aquí y ahora utilizando los medios que el propio sistema jurídico indica, que incluyen por supuesto cuestiones morales.

Atienza comenta, respecto al derecho, esa capacidad de adecuación a los cambios sociales:

⁹³ VIEHWEG Theodor, VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid-España, 2ª edición, editorial Thowson-Civitas, 2007. *pág.* 157.

“El Derecho es, en parte, lo que está ahí fuera, algo dado (las normas establecidas por la autoridad), pero también, y de manera todavía más fundamental, una actividad, una empresa, una praxis: algo que se va construyendo y en lo que todos participamos. Si se quiere los fines abstractos de la empresa han sido siempre los mismos (lograr un cierto orden social, asegurar una cierta idea de justicia), pero los cambios en las condiciones históricas de las sociedades, que se traducen en cambios en el sistema jurídico, repercuten también en la manera de contemplar y de participar en esa actividad y, en definitiva, en la forma de concebir el Derecho.”⁹⁴

Lo adecuado será entonces lo aceptado, lo que partiendo del sistema jurídico esté racionalmente vinculado con la realidad social, y esto no se traduce a aceptado por toda una sociedad, sino a la existencia de consenso; a su vez, este consenso no es único. Será también tarea fundamental de quien seleccione uno u otro consenso para dar sostén a la decisión que tome, trabajar la argumentación que soporte toda la estructura de su determinación, para que la propia decisión sea aceptada con posterioridad.

Cofré, al respecto, indica:

“La tópica busca las premisas que puedan servir para resolver el caso e intenta, de este modo, llegar a directrices generales, a conceptos guías que permitan inducir la decisión. Son éstos los topoi. Las máximas jurídicas, a las que se denomina también adagios o brocardos, son los proverbios del derecho. Son fórmulas concisas y breves, síntesis que resultan de la experiencia y de la tradición y que encuentran su crédito en

⁹⁴ ATIENZA, Manuel, “*Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Argentina, volumen XV, número 2, diciembre de 2014, consultada en: <http://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/93>, consultado el 2 de marzo de 2018, pág. 17. Para el resista es importante resaltar que en lugar de normas establecidas por la autoridad se considera debería de indicarse “las disposiciones establecidas por la autoridad”

su antigüedad y en su fórmula lapidaria. Son verdades de orden general que muchas veces incluso ignoran las excepciones y hasta la evolución del derecho, pero, a pesar de ello, estas fórmulas o topoi en tanto instrumentos de la retórica y de la dialéctica, conducidos hábilmente por el hombre prudente y sabio, juegan un rol relevante para permitir al jurista llegar a conclusiones plausibles, razonables y equitativas.”⁹⁵

En consecuencia, los topoi no sólo se consideran como puntos de vista formales aplicables a todas las disciplinas, sino también puntos de vista materiales específicos en la jurisprudencia.⁹⁶

4. Tópica jurídica y sistema

Hartmann refiere que Kant hace una distinción entre sistema y problema. De ahí surge la diferenciación también del pensar sistemático y pensar problemático, de una historia de sistemas y una historia de problemas, pues existe una diferencia entre los problemas descubiertos que son objeto de análisis y las teorías, soluciones y sistemas que se construyen para intentar solucionarlos.

Los problemas son supra históricos, porque siempre que se pueda determinar su aparición y desarrollo en la evolución humana, sin depender de las condiciones históricas, tienen una permanencia en la razón; en cambio, las soluciones y teorías dependen de la situación a partir de la cual fueron formuladas y su validez es, por lo tanto, limitada.

Hartmann prosigue afirmando que:

⁹⁵COFRÉ L., Juan Omar. “Lógica, tónica y retórica al servicio del derecho”, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile., Chile, volumen XIII, número 1, 2002, consultado en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_issues&pid=0718-0950, Valdivia, consultado el 19 de marzo de 2018. págs. 37-39.

⁹⁶ BOKELOH, A., *Der Beitrag der topik zur rechtsgewinnung*, Diss.; Göttingen, 1973, pág. 86.

“... el modo de pensar sistemático parte del todo. La concepción es aquí lo primero y permanece lo predominante. En él no se pregunta por el punto de vista, sino que es admitido desde un principio y desde él se solucionan los problemas. Los que no se compaginan con el punto de vista son rechazados. Se consideran como cuestiones falsamente planteadas”⁹⁷, mientras que el pensamiento problemático o aporético “No busca voluptuosamente los resultados, no se trata para él de la demostración de una concepción del mundo aún en el caso de que los más fuertes valores sentimentales dependan de ella.”⁹⁸

Este trabajo parte de la premisa de que el derecho es indeterminado y de que por medio de la interpretación de las disposiciones, el significado que a éstas se le da, se genera una norma.

Riccardo Guastini⁹⁹ hace una muy clara distinción entre la interpretación en abstracto y la interpretación en concreto. La primera es la que identifica el sentido de la norma o las normas, que es lógicamente implícito de un texto normativo sin referencia a caso concreto alguno, mientras que la interpretación en concreto realiza una subsunción a un caso real en el ámbito de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto.

Si se observa lo anterior a la luz del funcionamiento de un sistema, se puede afirmar que el modo de pensar sistemático es el que más se utiliza en una interpretación en abstracto, mientras que el pensamiento problemático se aplica

⁹⁷ CHACÓN, PÁG. “*Sistema y problema. Anotaciones a la «interpretación» de Nicolai Hartmann sobre Kant*”, en *Logos: Anales del Seminario de Metafísica*, España, volumen IX, número 9, 1974, consultado en: https://www.academia.edu/36049915/SISTEMA_Y_PROBLEMA._ANOTACIONES_A_LA_INTERPRETACION_DE_NICOLAI_HARTMANN SOBRE KANT, Consultado el 20 de marzo de 2018. págs. 155 – 176

⁹⁸ *Ídem.*

⁹⁹ GUASTINI Ricardo. “*Interpretación y construcción jurídica*”, en *Revista Isonomía ITAM*, México, volumen XXI, número 43, México, octubre de 2015, consultada en: <http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia43/1.%20Guastini%20Iso%2043.pdf>, consultado el 12 de marzo de 2018, pág. 14.

en la interpretación en concreto, destinado como está a tomar como base el caso real partiendo del sistema de normas para darle una solución temporal y no forzosamente aplicable a hechos parecidos.

En toda esta dinámica, los tópicos serán los que generen las pautas para adecuar el sistema al problema y para que las interpretaciones además cambien conforme a las necesidades sociales.

El sistema jurídico es un sistema abierto, pero no porque permita la entrada de cualquier tipo de juicios, sino porque las soluciones a los problemas que se someten a su análisis no se encuentran casuísticamente contemplados.

Ya lo refiere García Amado al indicar que la tópica es una técnica de pensamiento orientado al problema, y los problemas no se pueden incorporar de modo definitivo a un sistema deductivo de reglas para su solución, sino que son cambiantes de manera continua en una sociedad¹⁰⁰. Por lo tanto, los problemas no se resuelven de manera universal y para siempre, sino que éstos deben ser abordados de forma independiente en cada caso.

Si bien indica García Amado que la selección del sistema depende del problema, es claro que si se hace referencia a un problema jurídico, el sistema que deberá resolverlo será éste y no otro, en términos jurídicos. En este caso, los topoi serán un instrumento para actualizar la interpretación de la disposición que se considere aplicable o inclinar la selección de la premisa que se utilizará para la solución del conflicto.

Hartmann indica que el desarrollo de la tópica como un pensamiento que toma como base un pensamiento aporético hace recordar la conciencia del carácter por necesidad abierto de todo sistema científico.¹⁰¹

¹⁰⁰ GARCÍA, Juan Antonio, *op.cit.*, pág. 147.

¹⁰¹ *Ibidem.* pág. 142.

Será precisamente la función del sistema jurídico interactuar con el problema para darle solución a éste de la manera más adecuada aquí y ahora, por lo que el medio más apropiado para actualizar el sistema o encontrar el sistema aplicable, son los *topois*.

Se observa que los *topois* están al servicio del sistema jurídico, por lo que el sistema tópico se refiere más a una metodología para encontrar soluciones centrándose en el problema. De esta manera, la tópica es en realidad el matiz que filtre la disposición por medio de los *topois*; éstos, a su vez, son el instrumento para la concreción de las normas de una manera adecuada a la época donde se deba resolver el problema, al ser los lugares comunes que la sociedad acepta de manera general, que se van construyendo conforme a sus transformaciones.

4.1 Los *topois* en el sistema jurídico

En el sistema jurídico, los tópicos sólo pueden utilizarse cuando son compatibles con el sistema, por lo que están vedados cuando el propio sistema los prohíba.

Dicho de otro modo, los tópicos pueden insertarse siempre que sean armoniosos, puesto que tal es su función principal, armonizar la solución del problema partiendo del sistema jurídico en conjunción con la realidad expresada en dicho problema. Como lo indica Atienza, “La naturaleza dual del Derecho consiste en ver en el mismo no sólo un sistema, un conjunto de normas, sino también (sobre todo) una práctica social con la que se trata de alcanzar (de maximizar) ciertos fines y valores, pero permaneciendo dentro del sistema: jugando al juego del derecho.”¹⁰²

Tal razonamiento se conecta con el tipo de lógica a la que se ajusta el

¹⁰² ATIENZA, Manuel. “*Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*”, *op.cit.*, pág. 16.

presente trabajo. En palabras de Tammelo:¹⁰³

“...La lógica en el Derecho tiene (...) dos dimensiones básicas y distintas: lógica de los juristas (juristische Logik als Logik der Juristen, giurilógica) y lógica del Derecho (juristische Logik als Logik des Rechtsselbst, nomológica)¹⁰⁴. Mediante la primera se atiende a la coherencia y revisibilidad del pensamiento jurídico y mediante la segunda a la transparencia y claridad del Derecho.”¹⁰⁵

De acuerdo con esta idea, los tópicos responderían a la lógica de los juristas al dar coherencia y revisibilidad al pensamiento jurídico, respetando siempre su aplicabilidad dentro del propio sistema jurídico. A su vez, la interpretación en concreto se traduce y refleja en la lógica de los juristas.

5. Retórica, el entimema y la dimensión sustancial del sistema jurídico

Si bien la retórica utiliza el razonamiento dialéctico para sustentar frente a un contrincante la corrección o incorrección de una conclusión derivada de premisas plausibles, busca también un fin práctico: convencer al auditorio que la conclusión es la correcta o la más apropiada.

De este modo, la retórica funciona como una técnica de selección de cierto tipo de enunciados susceptibles de formar parte de razonamientos persuasivos.¹⁰⁶

La retórica usa para la conformación de sus argumentos el silogismo retórico o entimema. Desde la perspectiva de la lógica formal, lo diferencia de

¹⁰³ TAMMELO, I., “*La lógica jurídica oggi e domani*”, *cit.*, págs. 50-51; “Possibilità e prospettive del ragionamentogiuridicoformale”, *cit.*, pág. 8; “RechtslogikundmaterialeGerechtigkeit”, *cit.*, pág. 17;

¹⁰⁴ GARCÍA Amado Juan Antonio, *op.cit.*, pág. 186.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág. 85.

¹⁰⁶ OREJA, Fernando, “*Aristóteles y la retórica*”, en *Revista de Filosofía UCM*, España, volumen VIII, número 8, 1992, pág. 404, consultado en: <http://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/viewFile/RESF9292220419A/11741>, consultado el 8 de marzo de 2018.

otro tipo de herramientas semejantes, además de lo ya precisado acerca del uso de premisas posibles, su carácter defectivo, la falta de uno de los siguientes tres elementos: premisa mayor, premisa menor o conclusión.¹⁰⁷

Como lo indica Alexis Borrelly, el entimema "(...)" es un silogismo perfecto en cuanto (sic) al sentido, pero imperfecto en cuanto (sic) á (sic) la expresión"¹⁰⁸, puesto que con la finalidad de abreviar el discurso se suprime alguna de las proposiciones.

En conclusión, la lógica formal sostiene el razonamiento dialéctico y, por lo tanto, a la retórica. Sin embargo, por sí misma no facilita la adherencia del auditorio, por lo que se requieren otros mecanismos para lograr el fin práctico de la retórica, que se encuentra justo en la aplicación de la razón práctica.

6. Los tópicos y la razón práctica

Antes que nada, debemos señalar que la razón práctica desde un aspecto kantiano puede entenderse en tres vertientes las cuales resultan complementarias. Primero es entendida con una función instrumental que es la facultad de establecer un fin, y con ello establecer cuáles son los medios para realizarlos. En una segunda acepción, la pragmática es el establecer que resulta racionalmente más eficaz y proporcional para la realización del fin. La última función que cubre es la referente al uso moral que exige cumplir con las finalidades respetando siempre el entender a los otros y a uno mismo como un fin y no como un medio, es decir respetando la dignidad en la toma de decisiones

¹⁰⁷ CORTÉS, Gabaudán, F., "Formas y funciones del entimema en la oratoria ática", en *Cuadernos de Filología Clásica: Estudios griegos e indoeuropeos*, España, volumen IV, número 4, 1994, pág. 207, consultado en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CFCG/article/view/32936>, consultado el 2 de marzo de 2018.

¹⁰⁸ BORRELLY, Jean A, *Elementos del arte de pensar*, España, Aznar, 1797, sitio web: <https://play.google.com/books/reader?id=vMalHO9apm8C&printsec=frontcover&output=reader&hl=es%20&pg=GBS.PP5>, consultado el 10 de marzo de 2018, pág. 143.

¹⁰⁸ OREJA, Fernando, *op.cit.*, pág. 404.

y objetivos.

Debe haber entonces un contexto que delimite los medios por utilizar cuando se busque la adherencia del auditorio. Desde el punto de vista de la tesis que aquí se desarrolla, dicho marco debe ser, en el derecho, el proporcionado por la dimensión sustancial preceptuada por el propio sistema jurídico donde se soporta la solución a algún problema, pero siempre con fundamento en la razón práctica.

La dimensión sustancial¹⁰⁹ explicada por Ferrajoli indica que los sistemas jurídicos se encuentran conformados por normas formales y normas sustanciales.¹¹⁰ Las primeras se refieren a quién y cómo deben de expedir las disposiciones, lo que dará la validez formal de una disposición. Por su parte, las normas sustanciales son la médula de las decisiones, son principios y valores inscritos en la Constitución; ellas comprenden los derechos fundamentales que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, sin olvidar que la previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento es, en suma, condición de su existencia.

En otros términos, para la validez de una norma se debe verificar que las disposiciones de las cuales emana sean por una parte válidas formalmente (que hayan sido creadas por el órgano correspondiente y ajustándose a las exigencias de su creación), pero además que de forma indispensable cumpla con la parte sustancial del sistema jurídico, es decir, con los principios y valores inscritos en la Constitución y con ello con una razón práctica.

Como lo indica Atienza, "(...) la constitucionalización del Derecho supone

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi, "*Derecho como sistema de garantías*", volumen IX, número 18, México, *Nósis: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez*, 1998, consultado en: <https://es.scribd.com/doc/116168051/noesis-18-FILOSOFIA-ANALITICA-Y-FILOSOFIA-DEL-DERECHO-EN-ITALIA>, el 18 de marzo de 2018, págs. 77-99.

¹¹⁰ GUASTINI, Ricardo, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, Milano, Italia, Guiffré editore, 1998, pág. 16.

también el final del positivismo jurídico: el Derecho no es ya sólo el Derecho puesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales; si se quiere, una síntesis entre positivismo jurídico y cierta manera de entender el Derecho Natural (...) nuestra idea del Derecho no puede ser ya puramente formal, sino que tiene que incorporar necesariamente elementos sustantivos y de valor.”¹¹¹

Otro aspecto importante es que se indica Nino cuando invita a “(...) seguir la sugerencia de Hart y Raz e identificar a las normas jurídicas no por el órgano que pudo haberlas dictado, sino por los órganos que las reconocen.”¹¹² Este reconocimiento se dará si se cumple con las dos dimensiones de validez mencionadas.

Al respecto, los *topois* son modos de adecuar una norma partiendo de las disposiciones dentro del sistema jurídico y lograr así que ésta sea reconocida, además de que son una herramienta que ayudará a encontrar una solución apropiada cuando haya disposiciones jurídicas inadecuadas.

Es precisamente el cumplir con esa dimensión sustancial del sistema el medio por el cual los órganos asignan autoridad a una fuente¹¹³, porque “(...) el derecho implica también un elemento moral, valorativo,”¹¹⁴ mientras que los tópicos funcionan como refuerzo al matizar las fuentes, al adecuarlas a las

¹¹¹ ATIENZA, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en Revista Argentina de Teoría Jurídica, Argentina, Argentina, volumen XV, número 2, diciembre de 2014, pág. 17, consultada en: <http://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/93>, consultado el 2 de marzo de 2018, pág. 17.

¹¹² SANTIAGO N., Carlos, “Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo”, en DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, volumen IX, número 13, 1993, consultado en: <https://doxa.ua.es/article/view/1993-n13-respuesta-a-jj-moreso-pe-navarro-y-mc-redondo>, consultado el 12 de marzo de 2018, págs. 261-264.

¹¹³ *Ibidem*. pág. 263.

¹¹⁴ ATIENZA, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en Revista Argentina de Teoría Jurídica, Argentina, Argentina, volumen XV, número 2, diciembre de 2014, pág. 17, consultada en: <http://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/93>, consultado el 2 de marzo de 2018, pág. 17.

necesidades de la sociedad donde se aplican. Como resultado, hay un reforzamiento en la autoridad que se les asigne. Esto, Nino lo deja muy claro:

“(…) la justificación jurídica, o sea la justificación que recurre a una norma jurídica que se supone válida, debe depender en última instancia para fundamentar esa validez, de (a) normas que sean (b) categóricamente aceptadas, (c) por su contenido, y que (d) pretendan tomar en cuenta imparcialmente los intereses de todos los afectados. Vale decir. Normas morales.”¹¹⁵

7. La justificación interna y externa

La justificación interna se refiere a analizar si la decisión jurídica se obtiene de manera lógica. Por su parte, la justificación externa examina cómo se fundamentan las premisas empleadas para la justificación interna.¹¹⁶

Como indican Moreno, Navarro y Redondo, la diferencia entre justificación interna y externa está en que “Las premisas de una inferencia (I) es el resultado de un proceso de deliberación y argumentación que se desarrolla conforme a criterios diferentes a los proporcionados por la lógica deductiva. Por el contrario, la justificación de la conclusión de una inferencia depende de la validez lógica.”¹¹⁷

Claramente, la justificación interna adquiere la forma de un modus ponens de la lógica clásica; ésta “Tan sólo cuestión de lógica deductiva, pero en

¹¹⁵ SANTIAGO N., Carlos, “Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo”, en DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, volumen IX, número 13, 1993, consultado en: <https://doxa.ua.es/article/view/1993-n13-respuesta-a-jj-moreso-pe-navarro-y-mc-redondo>, consultado el 12 de marzo de 2018, pág. 262.

¹¹⁶ ATIENZA, Manuel. “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *op.cit.*, pág. 63.

¹¹⁷ MORESO, Joseph-Joan, NAVARRO, Pablo E., y REDONDO, María C., “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía Del Derecho, volumen IX, número 11, 1992, consultada en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0c5k2> consultada el 16 de marzo de 2018, pág. 259.

la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto.”¹¹⁸

8. *Topois* como *ratio legis* de las disposiciones

El fin de la ley o la intención “práctica”, desde la perspectiva que se utiliza en este trabajo, se refiere a la finalidad que tiene su aplicación, no la intención que el legislativo tuvo para generar la disposición, a menos que esta razón continúe siendo acorde con las necesidades actuales.

La *ratio legis* parte de una racionalidad, pero siempre enfocada con el fin práctico, lo que regirá la concreción de la misma en un caso específico. Al respecto, se debe recordar que una disposición cuando se aplica puede producir diferentes fines prácticos, y cualquiera de éstos se puede entender como el fin de la norma.¹¹⁹

Los *topois* funcionan entonces como la *ratio* de la norma, es decir, el lugar común aceptado por una comunidad que genera por sí mismo la razón de creación de una norma. Cuando una sociedad ha establecido lo comúnmente aceptado que guiará conductas, esto se introduce en el sistema jurídico de manera coercitiva, pero después toda disposición necesitará adecuarse a las condiciones actuales que la propia sociedad esté atravesando. Es decir, la *ratio* de la disposición debe utilizar en un segundo momento los *topois*, con los que la norma se actualizará dándole racionalidad a su aplicación práctica y, al mismo tiempo, una coherencia dentro del sistema.

También los *topois* pueden direccionar cuál de los fines prácticos debe ser el que se elija de entre los otros, una vez que este *topoi* se ha

¹¹⁸ ATIENZA, Manuel. “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *op.cit.*, pág. 63.

¹¹⁹ GUASTINI, Ricardo, “Interpretare, costruire, argomentare”, en Osservatorio sulle fonti, Tribunale di Firenze, Italia, volumen XIX, número 2, julio- diciembre de 2015, consultado en: <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/813-osf-2-2015-guastini>, consultado el 8 de marzo de 2018, págs. 27- 28.

institucionalizado de manera positiva dentro del sistema jurídico y establece una directriz para elegir de entre varias opciones.

9. Tópicos jurídicos como fundamentos de la argumentación

Enseguida se explicará cómo los tópicos se relacionan con la argumentación que sustentará la generación de la norma partiendo de la idea de que el contenido normativo previsto como una disposición por sí mismo no puede sólo resumirse a la identidad cerrada de un texto. En este sentido, se afirma que las disposiciones son la materia de la interpretación, y las normas, el resultado que nazca de ello.¹²⁰

Es entonces de destacarse “(...) la importancia de la interpretación, (...) no todo es posible, no todo está abierto en cuanto al significado de los derechos. Pero los textos de nuestras constituciones ofrecen casi siempre, o al menos con mucha frecuencia, al jurista la posibilidad de llegar a una solución justa, sin salirse del derecho.”¹²¹ Dentro de este modo de operar el derecho, los tópicos están insertos en nuestro sistema jurídico para coadyuvar a la interpretación.

Bitonte y Matienzo reflejan de manera clara este razonamiento:¹²²

La argumentación es un género cuya complejidad reside en el hecho de que su estructura requiere no sólo de conceptos sino de que estos se articulen en afirmaciones, las que, por principio, están sujetas a la duda o a la refutación. A esto se suma la necesidad de que dichas afirmaciones sean justificadas. Aunque se sabe que frecuentemente algunos

¹²⁰ GUASTINI, Ricardo, *Teoría e Dogmatica delle Fonti, trattato di diritto civile e commerciale già diretto da a.cicu e f.messineo l.mengoni e continuato da piero schlesinger*, 1998, pág. 16.

¹²¹ ATIENZA, Manuel, Manuel. “*Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*”, *op.cit.*, pág. 63.

¹²¹ BITONTE, BITONTE, María E. y Teresita, MATIENZO. “*Los fundamentos de la argumentación: Topos, garantías y pre-construidos culturales*”, (Documento web) 2001. <http://semiotica2a.sociales.uba.ar/publicaciones/pubbitonte/>, consultado el 2 de marzo de 2018. pág. 1.

¹²² TOULMIN, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, Barcelona, España, Península, 2003. págs. 129- 191.

fundamentos quedan implícitos, no parece posible entender un discurso argumentativo correctamente sin reponer esos elementos faltantes. Pero ¿en qué consisten los fundamentos de las argumentaciones? ¿En qué se apoyan? ¿Qué es lo que hace que un argumento sea válido?

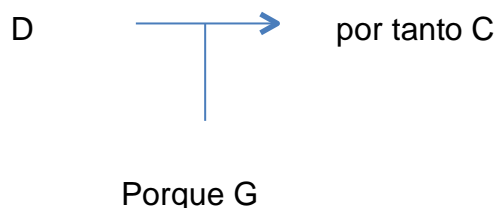
9.1 La figura de la garantía de Toulmin¹²³ y los tópicos jurídicos

Toulmin explica el objeto práctico de la argumentación: el análisis que permite pasar de una afirmación (D o datos) a la conclusión que se trata de establecer (C)¹²⁴. A las proposiciones que permiten dar este paso, Toulmin las nombra garantías.¹²⁵

El papel de las garantías no es reforzar el argumento propuesto, sino demostrar cómo a partir de determinados datos se pasa a una conclusión, y que ese paso es apropiado y legítimo; es decir, el paso de enunciados hipotéticos (generales), que actúan como puente, ligado al tipo de paso que el argumento en particular anunciado obliga a dar.¹²⁶

Toulmin utiliza el siguiente esquema para resumirlo,

Esquema 5 Esquema la garantía de Toulmin¹²⁷



La garantía es incidental y explicativa. Funciona registrando la

¹²³ *Ibidem.* pág. 134.

¹²⁴ *Ídem.*

¹²⁵ *Ibidem.* pág. 135.

¹²⁶ *Ibidem.* pág. 136.

¹²⁷ *Ibidem.* pág. 134.

legitimidad del paso dado en relación con otros elementos, con una clase más amplia de pasos cuya legitimidad se presupone; de aquí que a los datos se apela explícitamente, y a las garantías, implícitamente¹²⁸

Las garantías son generales al certificar la validez de todos los argumentos del tipo correspondiente, pero deben establecerse de manera muy diferente a la de los elementos justificatorios que se ofrecen como datos. La distinción entre datos y garantías es similar a la que se traza en los tribunales entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho; la distinción legal es, en realidad, un caso especial dentro de otro más general.¹²⁹

Desde de un punto de vista funcional, la garantía y los tópicos son lo mismo, sólo se usa un diferente nombre para figuras que realizan la misma función. Es decir, los tópicos son la pieza que legitima el certificado de validez de la argumentación, por lo que en este apartado tópico y garantía se usarán como sinónimos.

Las garantías permiten diferentes grados de certeza. Dependiendo de la garantía utilizada pueden las conclusiones ser necesarias o inequívocas (como en las ciencias duras), mientras que en otros casos la conclusión es matizada.

En el derecho, como se parte de premisas plausibles, los matizadores se infieren de manera implícita, se presuponen, se asumen. El presupuesto que sustenta este trabajo, como se estableció al inicio de este capítulo, es que el derecho no puede dar respuestas únicas, sólo soluciones plausibles; junto a cada respuesta existe otra posible, por lo menos en la mayoría de los casos. Lo que sostiene la respuesta elegida será la construcción con argumentaciones apegadas al sistema jurídico y a la coherencia, sin que esto signifique que la otra

¹²⁸ *Ibidem.* pág. 138.

¹²⁹ HABERMAS, J. “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, España, volumen XV, número 5, 1998, consultado en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.02>, consultado el 10 de marzo de 2018, págs. 21-25.

respuesta sea también correcta.

Se puede afirmar entonces que en el derecho el argumento no es por sí mismo concluyente, pero en cambio éste permite establecer que la conclusión es presumiblemente correcta y que se sujeta a las salvedades correspondientes.¹³⁰

La garantía es entonces el paso que permite transitar de los datos a la conclusión; es el elemento abstracto, el aspecto general con el que se puede generar un argumento: recuérdese que los tópicos, como indica Viehweg¹³¹, son las fuentes de donde se extraen argumentos.

Ahora bien, la legitimación de la garantía descansa en su respaldo. Se puede clasificar esa legitimación en abstracta y específica.

La legitimación abstracta se refiere al aspecto de donde surge la garantía, es decir, el aspecto general donde surge la aceptabilidad de lugar común, que siempre será en primer lugar precisamente el integrado de normas aceptado por la sociedad, no necesariamente reforzado con su positivización.

Desglosar el aspecto abstracto de la garantía resulta más complicado de lo que se puede aquí describir, puesto que descansa muchas veces en aspectos morales, a diferencia del aspecto específico, derivado de aplicar la garantía abstracta a un caso concreto. Sin embargo, la legitimación específica servirá de respaldo sólo si se ajusta al sistema donde se aplica; en el caso del derecho, respetando las reglas del constructo jurídico vigente y su dimensión sustancial.

Por ello, una racionalidad que se emplee tomando como base el sistema será la que realmente respalde la garantía utilizada: quien elige una solución y

¹³⁰ TOULMIN, Stephen, *op.cit*, pág. 138.

¹³¹ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid-España, 2ª edición, editorial Thowson-Civitas, 2007, pág. 89

renuncia a otra lo hace con el propósito de que el razonamiento otorgue suficiente evidencia en el contexto del debate planteado.¹³²

La interdependencia de ambos tipos de legitimaciones luce claramente en esta afirmación: "(...) no basta recurrir a una norma jurídica para justificar una decisión judicial, (...) esa norma jurídica debe ser asumida como válida. Del mismo modo, la justificación de una creencia no puede basarse en cualquier enunciado, sino en un enunciado asumido como verdadero."¹³³ Por ello, "Las razones para considerar una garantía como aceptable en términos generales son claramente una cosa, la fuerza que la garantía otorga a una conclusión, otra diferente, y una tercera, el tipo de circunstancias excepcionales que, en casos particulares, puede hacerse que se rechacen las presunciones creadas por la garantía."¹³⁴

Los enunciados de las garantías son enunciados hipotéticos, que funcionan a modo de puente. En cambio, el respaldo específico¹³⁵ para las garantías puede expresarse en forma de enunciados categóricos sobre hechos, al igual que los datos provistos para apoyar directamente las conclusiones.¹³⁶

Cuando se introducen tópicos a un caso concreto, como diría Arturo Berumen, los tópicos funcionan a modo de elementos connotativos del concepto en referencia a una figura jurídica determinada. De esta manera, aumenta la connotación de una figura, de manera que su denotación excluye supuestos.¹³⁷

¹³² GARSSSEN, Bart y Van Eemeten FRANS H., *Argument schemes, crucial concepts in the argumentation theory*, Amsterdam-Holanda, editorial Amsterdam University Press, 2001, pág. 86.

¹³³ SANTIAGO N., Carlos, "Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo", en DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, volumen IX, número 13, 1993, consultado en: <https://doxa.ua.es/article/view/1993-n13-respuesta-a-jj-moreso-pe-navarro-y-mc-redondo>, consultado el 12 de marzo de 2018. pág. 261.

¹³⁴ TOULMIN, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, Barcelona, España, Península, 2003, pág. 144.

¹³⁵ El tesisista agrega específico dado que es la aplicación del tópico al caso concreto y que se justifica en un uso racional

¹³⁶ BERUMEN, C, Arturo, Ponderación y tónica Jurídica, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto de 2015, págs. 531-546.

¹³⁷ *Ibidem*. pág. 134.

En este complejo, los tópicos son los elementos connotativos¹³⁸ que, además, propician una adecuación al sistema donde se están empleando, solución que se centra en la aporía fundamental.

Se aclara una vez más que las garantías no pretenden reforzar el argumento realizado, sino demuestran cómo a partir de determinados datos se pasa a una conclusión, y que ese paso que se da es apropiado y legítimo.¹³⁹

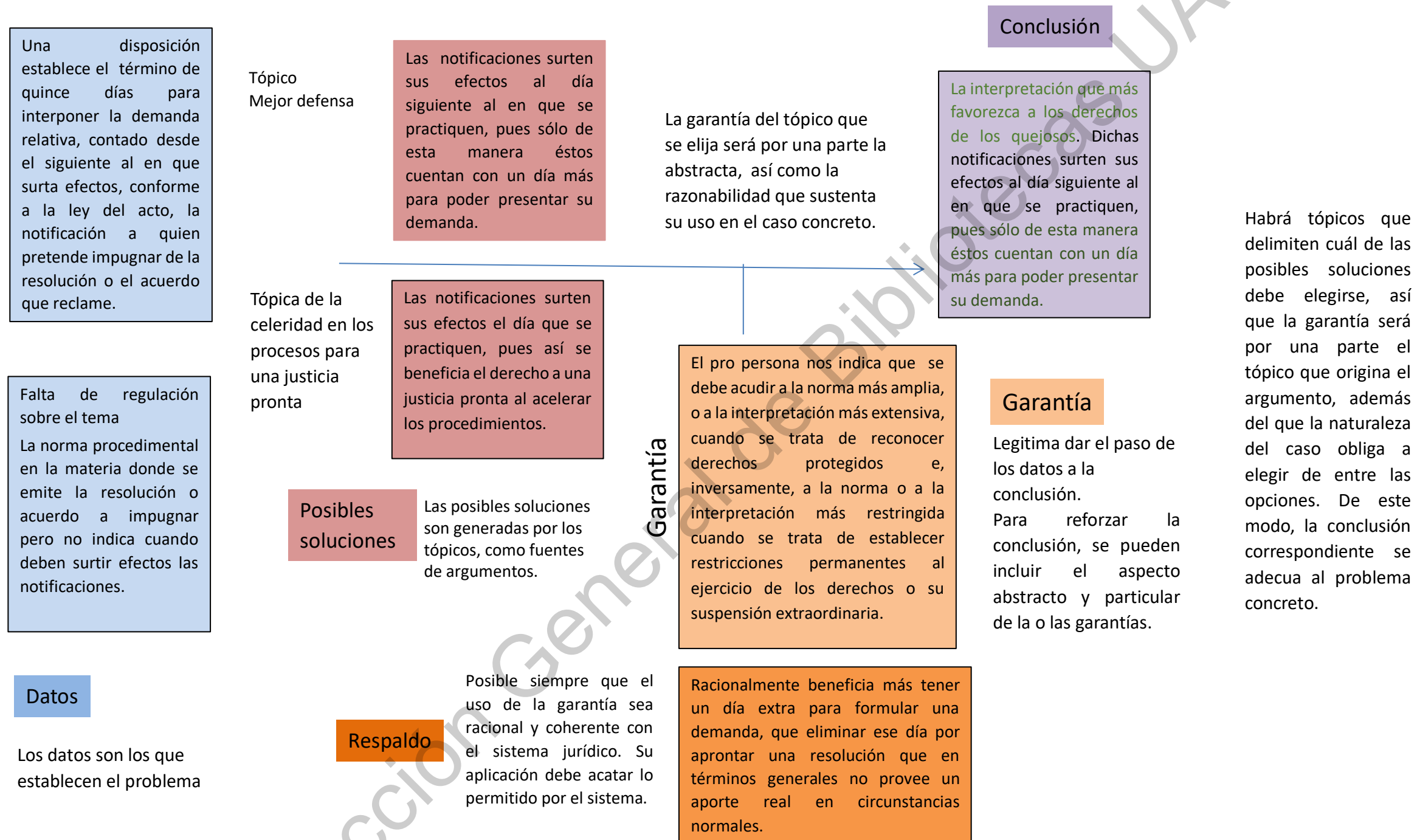
Entonces el pro persona en su función de garantía hará posible la elección de entre diferentes argumentos el que se ajuste a acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria; y su actuar no pretende reforzar el argumento realizado, sino demostrar cómo a partir de determinados datos se pasa a una conclusión, y que ese paso que se da es apropiado y legítimo. El resultado de la conclusión será diferente o tendrá que argumentarse con un peso más propositivo cuando se exima la utilización del pro persona.

El siguiente cuadro resume y ejemplifica con un caso concreto lo que se ha explicado hasta aquí.

¹³⁸ Connotación como la definición comprensiva o intensiva y denotación como significado propio sin matizaciones subjetivas.

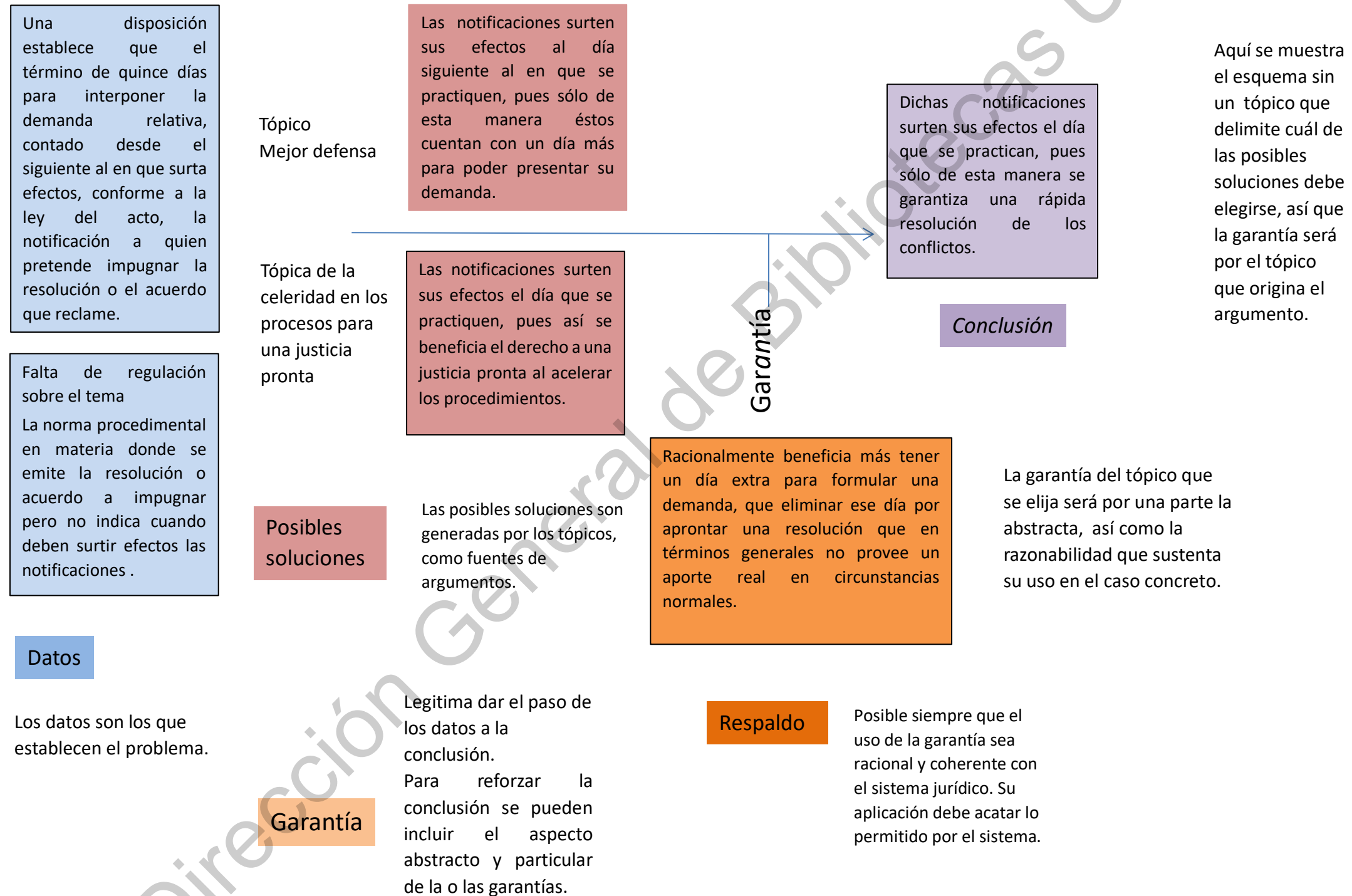
¹³⁹ TOULMIN, Stephen, *op.cit*, pág. 134.

Esquema 6 El pro persona y su función de tópico/garantía en los argumentos¹⁴⁰



¹⁴⁰ Creación propia.

Esquema 7 La elección del argumento prescindiendo del pro persona ¹⁴¹



¹⁴¹ Creación propia.

La forma habitual de expresión tenderá a difuminar entre los hablantes la distinción entre la garantía por inferencia y el respaldo en que se basa.¹⁴² Se utiliza el enunciado con el propósito de que cumpla las dos funciones a la vez, diluyendo en aras de la brevedad la transición del respaldo a la garantía, es decir, el paso de la información acerca de los hechos que se presuponen a la posibilidad de construir una inferencia garantizada por esa información.

La economía práctica de este hábito es evidente, pero también impide, desde el punto de vista filosófico, que la estructura efectiva de los argumentos empleados a diario sea suficientemente transparente.¹⁴³ Por ello, en el derecho, para generar una argumentación fuerte, es necesario evidenciar qué tipo de tópico en abstracto se está utilizando para el caso en particular, así como el respaldo racional con el que se fundamenta la garantía y, por lo tanto, la conclusión.

Un enunciado que hace explícita su garantía, es decir, que expresa su respaldo "(...) es algo más que la repetición de los hechos aducidos: es una moraleja o consecuencia central de carácter práctico sobre la manera en que se puede argumentar con seguridad a la vista de esos hechos (...) Una conclusión desnuda, desprovista de datos que la apoyen, no es un argumento."¹⁴⁴

En el derecho, como ya se explicó, las respuestas son plausibles, y en la mayoría de los casos, se admite más de una interpretación. Como indicaría Viehweg: esta última peculiaridad representa un problema,¹⁴⁵ por lo que se debe entonces reflexionar sobre qué garantía ha de usarse, es decir, que tópico de donde se obtienen los argumentos sea el más sostenible,

Por lo tanto, es preciso analizar el tipo de razones que sustentan el tópico

¹⁴²TOULMIN, Stephen E., Los usos de la argumentación, Barcelona, España, Península, 2003, pág. 150.

¹⁴³ *Íbidem*, pág. 151.

¹⁴⁴ *Íbidem*, pág. 141.

¹⁴⁵ VIEHWEG, Theodor, Tópica y Jurisprudencia, Madrid-España, 2ª edición, editorial Thowson-Civitas, 2007, pág. 139.

o garantía aplicado, y si no existe otro que proporcione una connotación especial para estar en condiciones de elegir una interpretación sobre la otra.

En el primer paso, lo importante es el contenido, los hechos, no la fuerza del enunciado.¹⁴⁶ En otras palabras, el usar palabras que otorguen fuerza al enunciado, como “siempre” o “todo” no por fuerza cimienta con solidez el argumento. Lo que se debe revisar a fondo es que la garantía sea aplicable a los hechos sometidos a examen, que los hechos más la garantía o tópico usado sean racionalmente adecuados, no el tópico por sí mismo.

De nuevo, se descubre que la tónica se centra en solucionar problemas, por lo que la garantía debe ser funcional y traer un resultado sustentado precisamente en esa razón práctica delimitada por el sistema. Tal necesidad responde a la coherencia que ha de caracterizar el argumento formulado, pues se evalúan también los méritos que se atribuyen a las consecuencias¹⁴⁷.

10. Crítica a la Tónica Jurídica

Ahora se expondrán algunas de las críticas que se le han hecho a la tónica jurídica, con la finalidad de explicar a su vez con ello por qué se considera es importante en la explicación del derecho y su utilidad. Lo anterior porque es en la funcionalidad, como lo indicamos en las consideraciones previas del presente trabajo, lo que buscamos al definir un concepto, para así poder distinguir los conceptos, es decir la función le da forma al concepto y no primero se crea el concepto para llenarlo de utilidad, se nombra a la función material y no al contrario.

¹⁴⁶TOULMIN, Stephen E., Los usos de la argumentación, Barcelona, España, Península, 2003, pág. 52.

¹⁴⁷ Un subtipo especial de argumentación basado en una relación secuencial es la argumentación pragmática, en la que una acción o evento se evalúa sobre la base de los méritos que se atribuyen a las consecuencias, *cit.* Garssen, Bart, Frans H., Van Eemeten, *op.cit.*, pág. 85.

Las siguientes consideraciones son expuestas a cabalidad por Atienza¹⁴⁸, nosotros sólo expondremos la parte medular para intentar explicar lo que en el párrafo anterior se planteó.

Indica Atienza que la “Noción de problema es (...) excesivamente vaga”¹⁴⁹ para este autor y algunos otros que refiere considera que “problema” debería estar perfectamente acotado, punto del cual discrepamos. Si bien este trabajo apoya la necesidad de acotar los conceptos para identificarlos con la función que desarrollan, también se declara en contra de la sobre conceptualización, el querer definir hasta el último detalle de una teoría resulta muchas veces en un laberinto que después hace imposible sostener esos puntos que al cerrarse tanto hacen que no encajen, con todo esto lo que queremos indicar es que ¿qué es necesario definir de problema que haga necesario para hacer eficaz los argumentos expuestos en la tópica jurídica? En realidad la función de la palabra problema se puede resumir como algo que se busca resolver, y en este caso que se busca resolver utilizando puntos de partida jurídicos, y la tópica jurídica centra en la resolución de los problemas su actuar.

De nueva cuenta, la falta de definición exhaustiva es la materia de la crítica, se indica que por topos no se logra apreciar cuando es lo es y cuando no, esto porque alrededor de las obras que tratan sobre la tópica jurídica se le da dicho nombre a diferentes funciones “Se usa en varios sentidos: como equivalente de argumento, como punto de referencia para la obtención de argumentos, como enunciados de contenido y como formas argumentativas”¹⁵⁰, a lo que en esta ocasión si otorgaré razón, pero sólo en parte. Si bien la función se ata al patrón y este patrón es nombrado, no quiere decir que podamos identificar los mismos patrones para diferentes palabras. Lo que sucede aquí es que se ata al resultado obtenido con la palabra topos y se confunde entonces todo lo que acarrea como

¹⁴⁸ ATIENZA Manuel, *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, 5º edición, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, CD.MX.- México, 2017, págs. 37- 34.

¹⁴⁹ *Ibidem.* pág. 37.

¹⁵⁰ *Ibidem.* pág. 38.

resultado la solución de un problema utilizando cuestiones permitidas por el sistema jurídico pero fuera de él. Si bien las formas mencionadas son nombradas indistintamente como topoi por tener el resultado indicado, no es correcto darles el mismo nombre, existe entonces la necesidad de nombrarlos de diferentes formas, la propuesta que aquí se indica es únicamente nombrar como topoi a aquellas formulas generalmente aceptadas, aún no obligatorias para su aplicación, pero que conllevan a generar argumentos que generan una solución al problema, el argumento es dependiente del topoi más no el topoi por sí mismo. Por lo tanto, esta fórmula es un enunciado de contenido, que es un punto de referencia para la obtención de argumentos que genera formas argumentativas.

Otra crítica, es la referente a contra poner lógica y sistema la que consideramos acertada, en la tónica jurídica se “Exagera la contraposición entre pensamiento tópico y pensamiento sistemático.”¹⁵¹

A lo anterior se suma el considerar que la aporía fundamental que se funda en el sentido de justicia, que en este trabajo llamamos para lograr acotarlo más a una función palpable a lo adecuado aquí y ahora. Pero analicemos en su original exposición “justo”, del que indica Atienza “(...) esto sólo puede calificarse, en el mejor de los casos como trivialidad que, desde luego, no contribuye mucho a hacer avanzar la jurisprudencia o la teoría del razonamiento jurídico”¹⁵² y prosigue indicando que no se deben “(...) efectuar proclamas vacías sobre justicia, sino de idear algún tipo de método.”¹⁵³

Es importante retomar lo indicado en el apartado de consideraciones previas donde referimos lo que son las nociones y los *konzepte*. Nosotros creamos conceptos al hacer referencia directa a objetos de la sensibilidad (*konzepte*), pero hay otros conceptos que son abstracciones que generamos de los patrones que observamos entre dichos objetos de la sensibilidad (nociones), y será el individuo

¹⁵¹ *Ídem.*

¹⁵² *Ibidem. pág. 40.*

¹⁵³ *Ídem.*

que conforme a sus propio bagaje conceptual construya, si bien la racionalidad hace que existan estándares de interpretación del mundo, mucho de esta construcción depende de la percepción misma del individuo que lo crea, esto aunado a la necesidad natural del hombre de querer manifestaciones físicas de las abstracciones que genera de las relaciones de objetos empíricos, hace que la dicotomía entre querer ver la abstracciones reflejada de manera factual y la imposibilidad muchas veces de darle esa misma representación para todos los individuos traiga como resultado el darle menor importancia a conceptos que resulta imposible describir de manera completamente acotada por lo ya antes referido.

Con base en lo anterior resulta imposible indicar un método para reflejar de manera fáctica las nociones que se crean, porque si bien habrá unidad en ciertos parámetros habrá otros que resulten distintos para cada individuo, pero no por ello le resta importancia a tales conceptos. Un ejemplo claro es la noción de "Justicia" si bien la uniformidad para llenarlo en el mundo material revisando su correspondencia como muestra de veracidad resulta imposible, lo que sí se puede generar es quien lo utilice como parámetro al observar un conjunto pueda determinar si le resulta el patrón de relaciones que se da entre objetos justo o no, por lo que indicar que justicia es una banalidad por su falta de indicativo para generar un método para obtener justicia resulta equivocado porque al ser una noción parte de su contenido es propio de cada individuo.

Aunado además que la justicia conforma la parte sustancial del sistema jurídico, y decir que la imposibilidad de indicar un método cierto para encontrarla le resta importancia resulta erróneo porque el que no tenga un método no deja de hacer a esta figura importante para el derecho, porque además el patrón de justicia se podrá obtener de diferentes maneras identificables únicamente por quien observa las relaciones entre objetos.

Sin embargo, ello también trae aparejados diversos problemas, pues la ambigüedad del concepto de justicia es tal, que es difícil dotarla de contenido, pues

está sujeta a las interpretaciones y a las expectativas que genera dicho concepto en cada persona.

También Atienza indica que el catálogo de tópicos no indica “Criterios para establecer una jerarquía entre ellos”¹⁵⁴ pero esto es así porque no resulta necesario en la finalidad de su función. La utilización de los tópicos, y de sus parámetros de aplicación solo se generan al momento de valorar el contexto donde serán usados, antes de esto al no resultar obligatorios no puedes imponerle una característica propia de un sistema, los tópicos son auxiliares al sistema jurídico, más no conforman un sistema por sí mismo, el desear que exista una jerarquía es el simple reflejo de un positivismo exagerado, donde quiere soluciones únicas y que sus excepciones sean pocas.

En ese sentido, conviene resaltar que para Kant, “El contrato social vincula las aspiraciones individuales con un sistema de leyes jurídicas”,¹⁵⁵ por lo cual su noción de sistema está directamente relacionado con aspiraciones o expectativas generadas en la sociedad y plasmadas en conceptualizaciones que hacen posible alcanzar dichas aspiraciones. Ello, por ejemplo, puede ser el concepto de justicia o incluso de principio pro persona.

Por todo lo anterior, es necesario abordar en el siguiente apartado el concepto de norma y su diferenciación con el concepto de disposición, pues la disposición como tal tiene cargada una pretensión de cumplir expectativas dentro del sistema, pero no es hasta que se interpreta (pasa a ser norma) que dicha pretensión se puede ver materializada.

¹⁵⁴ *Ibidem*. pág. 41.

¹⁵⁵ Hubert May Cantillano, “Aporte de Kant al concepto moderno del Estado de derecho” disponible en: <file:///C:/Users/itzco/Downloads/13569-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23119-1-10-20140220.pdf>, última consulta 21/04/2019.

CAPÍTULO II “Normas”

1. ¿Qué es una norma?

1.1.- Disposición y norma

Para entender el funcionamiento de una norma, se debe primero aclarar que no se encuentra aislada, sino que depende de una estructura que le da los lineamientos para su aplicación. La estructura es precisamente el sistema jurídico al que pertenece, no entendido sólo como un conjunto de normas aisladas o levemente relacionadas, sino “(...) conjuntos de elementos que guardan estrechas relaciones entre sí, que mantienen al sistema directo o indirectamente unido de modo más o menos estable y cuyo comportamiento global persigue, normalmente, algún tipo de objetivo (...).”¹⁵⁶ Por ejemplo, las normas que integran un sistema jurídico se caracterizan por agruparse en divisiones o clasificaciones, que a su vez se relacionan, se organizan y se limitan para configurar dicho sistema. De ahí que este estudio pretenda precisamente encontrar distinciones conceptuales centradas “(...) en una relación entre el todo (sistema) y sus partes [elementos] (...).”¹⁵⁷

En este sentido, el sistema indica la operatividad de sus partes, por lo que cada una de sus normas o elementos se encuentra delimitado por su propia categoría. Como indica Hart,¹⁵⁸ un sistema jurídico moderno se integra por diferentes tipos de reglas, las primarias y las secundarias.

Las reglas primarias indican las acciones que las personas deben o no hacer, mientras que las reglas secundarias delimitan las reglas primarias de la siguiente manera:

¹⁵⁶ ARNOLD C. Marcelo, “Introducción a los conceptos básicos de la teoría de sistemas”, en *Cinta de Moebio*, número 3, 1998, Universidad de Chile, Santiago de Chile, consultado en: <http://www.redalyc.org/pdf/101/10100306.pdf>, consultado el 25 de abril de 2019, pág. 2.

¹⁵⁷ *Ídem*.

¹⁵⁸ HART, Herber, *El concepto de derecho*, Buenos Aires- Argentina, Abeledo-Perrot, 1963, págs. 33-34.

a) Reglas de reconocimiento: La manera como pueden ser verificadas conforma los criterios para identificar el derecho vigente, donde se requiere la aceptación tanto de los funcionarios (entendidos como autoridades), como la del resto de la comunidad de la sociedad donde se busca aplicarlas. Como lo indica Jiménez Cano:

“La regla de reconocimiento servirá, entonces, para reconocer o identificar las reglas del grupo social, pues especificará alguna característica cuya posesión por una regla, revelará una afirmación indiscutible de que se trata de una regla del grupo. La regla de reconocimiento es, pues, el elemento que fundamenta el sistema jurídico, que le otorga unidad y certeza, identifica e individualiza a aquél, respecto de otros y, finalmente, lo delimita respecto de otros sistemas normativos.”¹⁵⁹

Las principales funciones de las reglas de reconocimiento son, de acuerdo con Rubén García Higuera:

“La primera y más inmediata función de la regla de reconocimiento, (...), es la de aportar criterios revestidos de autoridad, para que tanto los particulares como los funcionarios puedan determinar que (*sic*) normas son válidas jurídicamente y cuáles no.

(...) La segunda función que cumple la regla de reconocimiento podríamos decir que es el reverso de la función anterior, esto es, separar el Derecho de la moral. Delimitar el Derecho supone al mismo tiempo trazar las fronteras que lo separan de otros órdenes normativos, tales como la moral.

(...) Por último, la regla de reconocimiento, en cuanto proporciona criterios de validez jurídica que permiten reconocer todas las normas

¹⁵⁹ JIMÉNEZ Cano, R. M., “Los problemas abiertos de la regla de reconocimiento”, en *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, España, volumen 10, número 10, julio-diciembre 2009, consultado en <http://universitas.idhbc.es/n10/10-06.pdf>, consultado el 1 de octubre de 2016, pág. 88.

pertenecientes al ordenamiento, introduce la idea de un sistema jurídico.”¹⁶⁰

b) Reglas de cambio: Brindan los parámetros para que las reglas primarias sean agregadas, modificadas o eliminadas del sistema, pues resulta ser la solución para la propiedad estática de éstas.

c) Regla de adjudicación: son los criterios para resolver si en un caso concreto existió una violación a una norma primaria.

Ahora bien, el sistema jurídico es el todo jurídico, pero no es un todo amontonado sino articulado¹⁶¹, que está integrado por normas, las cuales deben entenderse no como un texto normativo liso y llano ni el conjunto de ellos, sino según lo indica Guastini, como “El sistema, en efecto, aparece no como un dato de hecho, preconstituido a la dogmática (a la interpretación), sino como el resultado del trabajo dogmático (interpretativo).”¹⁶²

En este último punto es donde se hará una pausa para distinguir disposición de norma, puesto que este trabajo parte de la idea de que es necesario utilizar diferentes conceptos para diferentes funciones, o bien, aclarar en su momento qué función es con la que se identificará el concepto por aplicar.

Norma y disposición son parte de un mismo proceso. Cada una de ellas debe identificarse a fin de conocer con precisión sus características y funciones específicas. Ricardo Guastini hace esta diferenciación de una manera muy clara:

¹⁶⁰ GARCÍA Higuera, Rubén. “La regla de reconocimiento de H.L.A. Hart” (Documento web) 2010, <http://hdl.handle.net/10016/9824>, 4 de octubre de 2016, p.4.

¹⁶¹ GARCÍA Fernández, Román, *La estromatología de Urbina: una arquitectónica tridimensional, presentación del libro estromatología. Teoría de los niveles fenomenológicos*, Madrid-España, editorial Eikasía, 2014, consultado en https://www.academia.edu/7650892/La_estromatolog%C3%ADa_de_Ricardo_S%C3%A1nchez_Ortiz_de_Urbina_Una_arquitect%C3%B3nica_tridimensional el 28 de noviembre de 2016, pág. 2.

¹⁶² GUASTINI, Ricardo, “Proyecto para la voz “Ordenamiento jurídico” de un diccionario”, en *Doxa. Filosofía del derecho*, España, volumen XX, número 27, 2004, pág. 271.

1. Llamo “disposición” a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes.

2. Llamo “norma” a cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones).

En otros términos, se puede también expresar así: la disposición es (parte de) un texto aún *por interpretar*; la norma es (parte de) un texto *interpretado*.¹⁶³

Como se puede observar, disposición y norma cumplen funciones diferentes. Mientras que la disposición es la materia prima de las normas, el contenido base para generar las normas una vez que sea interpretada, las normas son la concreción del significado de las disposiciones que empleará el sistema jurídico para su conformación. Éste, a su vez, se somete a contraste con el mundo fáctico para los efectos jurídicos pertinentes.

Las interpretaciones particulares de una disposición se seleccionan con base en las necesidades que ese caso particular amerite. Sin embargo, en este punto se aclara que disposición y norma no tienen un contraste directo, sino que son la norma y los hechos los que se encuentran en vecindad.

Hay por lo tanto una interdependencia entre norma y disposición, aunque cumplan funciones distintas.

Hacer dicha distinción es muy importante cuando hablamos de interpretación constitucional y, al ser el principio pro persona una categoría que nos permite interpretar y reinterpretar el sistema de disposiciones, luego entonces, el principio pro persona permite dotar de contenido a la norma.

¹⁶³ GUASTINI, Ricardo, *Disposición vs Norma en disposición*, Lima-Perú, Palestra editores, 2011, pág. 136. (Énfasis del tesista)

Si bien la norma puede generarse de una interpretación en abstracto (es decir, sin destino a un caso fáctico preciso), lo que significa que es general y no retroactiva,¹⁶⁴ o de una interpretación particular (que toma como base cuestiones jurídicas específicas nacidas de un caso en concreto), su intención siempre es su cumplimiento. Esto aplica también para la disposición, la cual, aunque de origen implica la intención de su obediencia, implica o puede implicar cuestiones contingentes por las que ella puede o no ser fuente de una norma incluso cuando resulte adecuada, como es el caso de la nulidad de la disposición.

Otra de las intenciones de la norma al ser creada es resolver las posibles contingencias que impidan la aplicabilidad de la interpretación. Esta cualidad responde a que cuando se interpreta una disposición, se usan todas las herramientas disponibles en el sistema para conformar su exégesis, y a que exige una coherencia para estar en condiciones de moldear conductas en el mundo fáctico.

Por lo tanto, la creación de la norma debe incorporar disposiciones que cumplan con la parte material de validez y coherencia con el sistema, pero además, al momento de interpretarlas, debe incluir el cumplimiento de la dimensión sustancial del propio sistema jurídico.

Dicha coherencia en palabras de Atienza se la darían conceptos como el auditorio universal o la comunidad racional de habla (Habermas).

1.2. No correspondencia biunívoca entre disposiciones y normas

¿Entonces las normas y las disposiciones son ontológicamente distintos?

La respuesta es no: la norma es tan sólo la “Disposición interpretada.”¹⁶⁵

¹⁶⁴ Ver GUASTINI, Ricardo, *La sintaxis del derecho*, Madrid- España, Marcial Pons, 2016 pág. 55.

¹⁶⁵ GUASTINI, Riccardo, *Interpretar argumentar*, Madrid- España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pág. 79.

Es importante aclarar en este punto que no forzosamente de una disposición se desprende una norma. En ocasiones, de una disposición se desprende una norma, pero en otros casos es necesario acudir a diferentes disposiciones para generar una norma. Incluso hay disposiciones de las que no surgen normas, al carecer ellas de “Significado normativo;”¹⁶⁶ por ejemplo, “Una invocación a la divinidad, una fórmula dedicatoria, una enunciación de motivos, una declaración didascálica y exhortativa.”¹⁶⁷

2. Norma

2.1. La equívocidad de la norma

El lenguaje, en su fertilidad intrínseca de cada palabra, permite interpretar dando diferentes significados a un solo enunciado. Tal riqueza se transmite a los textos normativos o disposiciones expresándose por medio de signos lingüísticos. Se llama equívocidad el que una disposición admita varias posibles interpretaciones.¹⁶⁸

Interpretar es encontrar el significado, ya sea que uno considere que debe cerciorarse de la intención original o que debe ser construido partiendo del contexto actual donde se genera la norma.

Por lo tanto, de la actividad de interpretar surgen diferentes posibilidades de significación, las cuales se elegirán dependiendo de diversos factores. Guastini¹⁶⁹ explica las diferentes fuentes de equívocidad:

¹⁶⁶ *Ibidem*. pág. 83.

¹⁶⁷ *Ibidem*. En esta obra, se cita a V. Crisafulli Fonti el Diritto (Diritto Costituzionale), en Enciclopedia del Diritto, XVII, Milano, 1968, pág. 928 y s. Fuente originaria no localizable.

¹⁶⁸ *Ibidem*. pág. 55.

¹⁶⁹ GUASTINI, Ricardo, Interpretar argumentar, Madrid-España, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, págs. 62- 67.

a) Intereses en conflicto. La interpretación que se genere depende en algunas ocasiones de los intereses de quien la realiza. Es común encontrar interpretaciones contradictorias que emanan de los involucrados en una contienda judicial.

b) Sentimientos de justicia. La ideología del intérprete siempre actúa de manera clave para la generación o la elección del sentido de una norma. En este caso, se habla de “Las preferencias ético-políticas.”¹⁷⁰

c) Métodos interpretativos. Cada método interpretativo tiene la función de relacionar de una manera diferente los elementos del enunciado sujeto a su análisis, y a vincular de varias formas dicho enunciado con el sistema jurídico. Por lo tanto, distintas formas de interrelacionar los elementos corresponden a resultados igualmente diversos.

d) Dogmática. Toda interpretación también depende de la construcción que realice el agente tomando como puntos de partida los antecedentes conceptuales, la manera como ha generado patrones de significación para cada concepto y lo que considera correcto relacionar con cada uno de ellos. Por lo tanto, los “Presupuestos teóricos condicionarán su interpretación.”¹⁷¹

2.2. La vaguedad de la norma

Esta característica se refiere a la complejidad para definir concretamente los casos en que la norma será aplicada, lo que se debe a la *open textured* o textura abierta de la que habla Hart, exponiendo lo siguiente:

“...Un margen de incertidumbre debe ser tolerado y, realmente, bienvenido en el caso de muchas reglas jurídicas, de forma que una

¹⁷⁰ *Ibidem.* pág. 63.

¹⁷¹ *Ibidem.* pág. 65.

resolución judicial informada puede ser tomada cuando la composición de un caso imprevisto es conocido y los problemas en cuestión en esta decisión pueden ser identificados y, así racionalmente resueltos.”¹⁷²

Podemos concluir que a lo que Hart llama *open textured* o textura abierta, es a la posibilidad de interpretación del lenguaje en la aplicación de la ley, en oposición al formalismo conceptualista, respecto a lo que señala:

“El vicio conocido en la teoría jurídica como formalismo o conceptualismos consiste en una actitud ante las reglas formuladas verbalmente que pretende dos cosas, disfrazar y minimizar la necesidad de semejante elección, una vez que haya sido establecida una regla general. Una manera de hacer esto es congelar el significado de tal modo que sus términos genéricos hayan de tener el mismo significado en todos los casos en que se plantee la cuestión de su aplicación.”¹⁷³

La textura abierta se refiere a que las imprecisiones que se puedan suscitar pueden arreglarse dando mayores datos o reglas más precisas, pero la textura abierta no, la textura abierta será la “Posibilidad de vaguedad”¹⁷⁴ que “Nos impide verificar de manera concluyente la mayoría de nuestras declaraciones empíricas.”¹⁷⁵

Como expone Guastini, tal característica depende de la “Vaguedad de los predicados en todo lenguaje natural.”¹⁷⁶ Las normas se expresan en enunciados que, al ser entidades lingüísticas, se estructuran para dejar un campo de acción y así posibilitar el encuadre de sujetos y actividades en ellas.

¹⁷² HART, H.L.A, *Post sriptum al concepto del derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, CD.MX.- México, 2000, pág. 28.

¹⁷³ HART, Herber, *El concepto de derecho*, Buenos Aires-Argentina, editorial Abeledo-Perrot, 1963, págs. 125- 127..

¹⁷⁴ WAISMANN, Friedrich, Verifiability. PÁG. 3 Originalmente publicado en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volume XIX(1945). <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/waismann-verifiability.pdf>, consultado el 21 de marzo de 2019.

¹⁷⁵ *Ídem*.

¹⁷⁶ GUASTINI, Ricardo, *Interpretar argumentar*, Madrid-España, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pág. 69.

En dichas normas, los predicados (todo lo que no enuncia al sujeto) se examinan a través de dos elementos: por el llamado sentido o intención (¿qué quiere decir?)¹⁷⁷, es decir, las características que un objeto debe cumplir para que la norma le sea aplicada, y por la referencia o extensión (¿a qué se refiere?),¹⁷⁸ o sea, los objetos que cumplen con las características para poder aplicarles el predicado.

La referencia depende del sentido, por lo que cuanto menos preciso sea éste, más extensa será la referencia y viceversa.¹⁷⁹ Por ejemplo, el sentido de código es libro con una compilación de disposiciones, que puede ser de diferentes materias del área jurídica. Su referencia es todas las compilaciones de disposiciones recolectadas en un solo texto y que sean de una materia en común.

De vuelta al atributo de vaguedad, éste se refleja precisamente en la extensión, en lo correspondiente a la duda sobre los atributos que debe poseer un objeto para que el predicado sea aplicable.

Se aclara que la vaguedad y equivocidad no son sinónimos, pues mientras la primera es una característica del lenguaje, de todo el lenguaje; la equivocidad se refiere a las diferentes interpretaciones que se le pueden dar al conjunto del enunciado.

2.3. Normas formuladas y normas inexpresas

Las normas formuladas son aquellas que tienen enunciación o formulación expresa en alguna disposición normativa o en uno de sus fragmentos.

Por su parte, las normas inexpresas son las que se derivan de las normas formuladas, de la combinación de éstas mediante procedimientos argumentativos fruto del razonamiento constructivo del intérprete.¹⁸⁰

¹⁷⁷ *Ibidem.* pág. 68.

¹⁷⁸ *Ídem.*

¹⁷⁹ *Ibidem.* pág. 69.

¹⁸⁰ GUASTINI, Ricardo, *La sintaxis del derecho*, Editorial Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid España, págs. 61- 62.

3. Principio

3.1 Siete focos de significación de los principios y el uso de la expresión principio de Genaro Carrió

Genaro Carrió ha hecho una excelente clasificación de los focos de significación¹⁸¹ de la palabra “principio” en un contexto jurídico, además de una correlación con su uso común:

- I. Con las ideas de “Parte o ingrediente importante de algo”, “propiedad fundamental”, “**Núcleo Básico**”, “Característica central”;
- II. Con las ideas de “regla, guía, orientación o **indicaciones generales**”;
- III. Con las ideas de “**fuelle generadora**”, “causa” u “origen”;
- IV. Con las ideas de “**finalidad**”, “objetivo”, “propósito” o “meta”;
- V. Con las ideas de “premisa”, “**inalterable punto de partida para el razonamiento**”, “axioma”, “verdad teórica postulada como evidente”, “esencia”, propiedad definitoria”;
- VI. Con las ideas de “regla práctica de contenido evidente”, “**verdad ética incuestionable**”;
- VII. Con las ideas de “máxima”, “aforismo”, “**proverbio**”, “pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición.”¹⁸²

Carrió analiza de la siguiente manera ese foco de significación en relación con las funciones que realiza en cada caso la expresión principio jurídico:¹⁸³

¹⁸¹ Carrió se refiere al significado que se le ha dado a la palabra principio. Recuérdese que signifiante es la secuencia de letras que percibe el hablante, y significado es la imagen psíquica que se asocia a un signifiante. Ver *Léxico y semántica*, Mc Graw Hill, pág. 93, <https://www.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448150007.pdf>

¹⁸² CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5ª edición, Buenos Aires- Argentina, Abeledo Perrot, 2006, págs. 209-216. El énfasis es del tesista.

¹⁸³ CARRIÓ, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires- Argentina, Abeledo Perrot, 1970, págs. 210-212.

a) Para **agrupar rasgos importantes de un orden jurídico**. Sin ellos, no se podría describir dicho orden de manera completa. Por ejemplo, se trata de los principios de separación de poderes, propiedad privada, democrático, etc.

b) Para **señalar generalizaciones ilustrativas** obtenidas a partir de las reglas del sistema. No hay pena sin delito, buena fe en las partes en una contienda, etcétera. En este caso se relaciona con las ideas de “regla, guía, orientación o indicaciones generales” (Inciso II).

c) Para **indicar la *ratio legis***, o razón que cumple una función por la cual una norma es generada. Se vincula con las ideas de “finalidad”, “objetivo”, “propósito” o “meta” (Inciso IV).

d) Para **designar pautas a las que se les atribuye un contenido intrínsecamente justo**. Un ejemplo es la prohibición de discriminación racial.

e) Para **identificar ciertos requisitos que debe satisfacer todo orden jurídico**. Las normas de un sistema jurídico deben de ser generales, no retroactivas.

f) Para **referir a guías meramente exhortativas** que debe satisfacer el legislador.

g) Para **aludir a determinados juicios de valor que atienden a exigencias de justicia y moral positiva** y que se dicen sustentados en la “conciencia jurídica popular”.

h) Para **referirse a máximas de la tradición jurídica**.

i) Como una **fuerza misteriosa generadora**, por debajo de grupos de reglas del sistema que las generó y que continúa creando nuevas reglas.

j) Por influencia de jurisprudencia de conceptos, se utiliza para **aislar enunciados que derivan de una enigmática esencia de los conceptos jurídicos** considerados como entidades.

Tabla 4 Relación entre focos de significación de “principio” con las funciones que realiza la expresión principio jurídico¹⁸⁴

Focos de significación	I. Núcleo Básico	II. Indicaciones generales	III. Fuente generadora	IV. Finalidad	V. Inalterable punto de partida para el razonamiento	VI Verdad ética incuestionable	VII. Proverbio
(General al significado del significante)	a) Para agrupar rasgos importantes de un orden jurídico	b) Generalizaciones ilustrativas	i) Fuente misteriosa generadora	c) <i>Ratio legis</i>	j) Enigmática esencia de los conceptos jurídicos	d) Contenido intrínsecamente justo	f) Guías meramente exhortativas
		g) Juicios de valor que atienden a exigencias de justicia y moral positiva	g) Juicios de valor que atienden a exigencias de justicia y moral positiva			e) Requisitos que debe satisfacer todo orden jurídico	h) Máximas de la tradición jurídica
Foco de significación con las funciones que realiza la expresión principio jurídico							

¹⁸⁴ Carrió se refiere al significado que se le ha dado a la palabra principio. Recuérdese que significante es la secuencia de letras que percibe el hablante, y significado es la imagen psíquica que se asocia a un significante. Ver *Léxico y semántica*, Mc Graw Hill, pág. 93, <https://www.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448150007.pdf> Revisado el 7 de septiembre de 2018. Creación propia.

3.2. Principios según Josef Esser

Humberto Ávila explica que Esser “(...) definió los principios como normas que establecen fundamentos para encontrar un determinado mandamiento, mientras que, para él, las reglas determinan la propia decisión.”¹⁸⁵ Tal perspectiva se aprecia en Esser cuando explica que “(...) toda regla más general posee, frente a otra más concreta, el carácter de principio. Entonces se considera sólo como esencial la posibilidad de deducir del principio reglas más concretas.”¹⁸⁶

Esser comenta que los principios tienen dos características que no deben perderse de vista:

“a) Ningún principio actúa por si solo como creador de normas, sino que únicamente posee fuerza constitutiva o valor constructivo en unión con el conjunto del ordenamiento reconocido, dentro del cual le incumbe una función bien definida. (...) b) (...) Un principio sólo es apto para la formación de normas cuando es accesible a la argumentación específicamente jurídica desde los puntos de vista de la justicia y de la adecuación, (...) que consisten en la adecuada solución, con medios jurídicos, de una tarea fijada o de un problema que en cada momento puede circunscribirse del mismo modo.”¹⁸⁷

Los principios trabajan para y en el sistema, entendido éste no como una arbitraria construcción geométrica, sino como un complejo problemático determinado y real. Ellos se conforman y moldean a partir de la realidad, la que a su vez modifica y alimenta al sistema. Se trata, como afirma Esser, de un ciclo que

¹⁸⁵ Cit.por ÁVILA, Humberto, *Teoría de los Principios*, Marcial Pons, Madrid España 2011, pág. 37.

¹⁸⁶ ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración del derecho privado*, Madrid- España, Bosh, 1961, pág. 64.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pág. 88.

se repite en todas las culturas jurídicas: “(...) descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema.”¹⁸⁸

Para Esser, la función esencial de un principio es la eficacia, e indica que “La verdad es que, en tanto que principios, son eficaces con independencia del texto legal.”¹⁸⁹ Por lo tanto, no se enfoca en la obligatoriedad como característica necesaria de un principio, sino en su resultado; es decir, cumplen una función si se les usa en el descubrimiento de la norma.

En este sentido, expone que “(...) el enjuiciamiento teórico del principio nunca influye sobre su eficacia real”¹⁹⁰, con lo que revela su concepción de principio como lo que funciona como tal, es decir, como el punto de partida para la generación de una norma o el sustento de la estructura del sistema.

Acerca de la eficacia de los principios, Esser reflexiona si ésta se da una vez que ellos han sido reconocidos institucionalmente, o si es por medio de la jurisprudencia que la obtienen.

Entiende en este punto el término efectivo como derecho positivo, con lo que puede crear confusión. Sin embargo, lo que puede rescatarse de esta postura es que, en un primer momento, el autor concibe a la eficacia como un atributo no ligado a la positivación, pero después se pregunta si aun estando en una institución positiva, ella surge como resultado de la jurisprudencia.¹⁹¹

¹⁸⁸ *Ibidem*, pág. 10.

¹⁸⁹ ESSER, Josef, Principio y norma en la elaboración del derecho privado, Madrid-España, Bosh, 1961, pág. 64, consultado en: <https://es.scribd.com/document/335422712/ESSER-Joseph-Principio-y-norma-en-la-elaboracion-jurisprudencial-del-derecho-privado-pdf>, consultado el 15 de noviembre del 2018, pág. 7.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pág. 114.

¹⁹¹ *Ibidem*, pág. 115.

No hay pues una conclusión tajante; su estudio continúa más bien por una eficacia que puede clasificarse según el carácter obligatorio o no vinculante de un principio.

Sustenta sus dichos en la idea de Boulenger, la cual parte de distinguir a los principios sin examinarlos como elementos del derecho positivo y sin que constituyan reglas jurídicas, y considerándolos en cambio como derecho material al ser elementos que “dirigen” las reglas singulares.¹⁹²

Así, Esser insiste en el valor de la eficacia de los principios: ellos son materiales siempre que funcionen como una directriz para la aplicación y ejercicio del derecho, y normativos cuando trabajan al margen del derecho material, cuando ya han obtenido un cierto reconocimiento dentro de un círculo de problemas.¹⁹³

En este mismo orden de ideas, distingue dos estados distintos de la eficacia: antes y después de la codificación.¹⁹⁴ Para exponerlo recoge una idea de Feuerbach, “Salir de lo positivo para volver a entrar en lo positivo”,¹⁹⁵ y ofrece un análisis donde se examina el momento cuando el principio es incorporado al corpus iuris y cuando es aplicado sin estar dentro de él.

Sobre la codificación de los principios, el autor se refiere al pensamiento axiomático, que se estructura con base en una ordenación sustentada en axiomas; ordenación que permite hallar soluciones a los problemas mediante la deducción. Sin embargo, plantea que este pensamiento

“(…) parte de tres concepciones erróneas de la técnica codificadora. En primer lugar: que a cada norma le corresponde un principio; en segundo lugar, que sólo es principio aquello que se desprende inmediatamente del

¹⁹² *Ibidem.* pág. 115.

¹⁹³ *Ibidem.* pág. 116.

¹⁹⁴ *Ibidem.* pág. 50.

¹⁹⁵ *Ibidem.* pág. 54.

texto; y tercero, que todo principio posee un ámbito de efectividad bien delimitado y privilegiado, dentro del cual el problema de su colisión con otros principios está resuelto a priori.¹⁹⁶

Por lo tanto, no se debe distinguir a un principio partiendo de su dimensión en el marco de un plano general, sino atendiendo a su validez inmediata (entiéndase su eficacia), porque de lo contrario surgen confusiones entre reglas generales y principios.¹⁹⁷

Sobre el particular, explica que la jurisprudencia es un medio que eleva a categoría de axioma a un pensamiento reiterado, por considerarlo esencial. Ejemplifica con el principio de culpa, que de tópico se convirtió en axioma.¹⁹⁸

Esser expone que el acto definitivo de incorporación de un principio es su reconocimiento como revisable, lo que entiende como la posibilidad de revisar si fue o no aplicada o si fue o no usada de forma correcta una norma jurídica.

Por otro lado, hay, para este pensador, una concepción continental y una concepción occidental del principio. En la concepción occidental el principio es una institución que se usa como axioma, para de ahí deducir su aplicación. Mientras tanto, en la conceptualización continental, el principio no es una institución, sino causa, criterio y justificación de ésta.

Esto significa que en tanto *ratio legis*, el principio está ya incluido en la instrucción y define así la jerarquía de ésta dentro del conjunto del ordenamiento; es decir, no se busca su clara composición para de él deducir soluciones, sino se usa como una razón inserta en el sistema para crear normas.¹⁹⁹

¹⁹⁶ *Ibidem.* pág. 117.

¹⁹⁷ *Ibidem* págs. 122- 123.

¹⁹⁸ *Ibidem.* pág. 128.

¹⁹⁹ *Ibidem.* pág. 67.

Además, la óptica continental corresponde al derecho del caso y a todo derecho judicial al margen de las codificaciones, mientras que la occidental entiende al derecho como un sistema cerrado, como una ordenación jurídica con un enlace sistemático o problemático positivo.²⁰⁰

La labor judicial transforma este mundo conceptual por medio de los *topoi*²⁰¹, sin que tal acto signifique aplicar ideas arbitrariamente partiendo de lo justo y razonable dadas las circunstancias, sino enriqueciéndolo con ideas de equidad.

²⁰²

Partiendo de los anteriores argumentos, Esser reconoce la figura del juez, quien, al igual que “(...) un legislador, debe crear la norma bajo la representación de su alcance general, o sea vinculada al sistema”²⁰³, y de manera amplia explica que para la elaboración de la norma, el juez puede recurrir a “Principios extra sistemáticos (tópicos).”²⁰⁴

Como puede observarse, hay una distinción entre principios sistemáticos y extra sistemáticos; éstos últimos, para Esser, son los tópicos.

Aunque debe aclararse que para Esser no es en realidad relevante que un principio sea extra sistemático o sistemático; antes bien, lo esencial es el resultado de su comportamiento, su función dentro del hallazgo de la solución o como sostén del sistema. “Sólo el positivismo legal, inducido por su afán sistemático, traza prematuramente una tajante frontera entre lo que es obligatorio y lo ‘puramente’ pragmático, entre lo que es substantivo y lo que ‘solo’ pertenece a la doctrina o a la técnica”²⁰⁵, asevera.

²⁰⁰ *Ibidem*. pág. 67.

²⁰¹ *Ibidem*. pág. 80.

²⁰² *Ibidem*, pág. 86.

²⁰³ *Ibidem*, pág. 67.

²⁰⁴ *Ibidem*, pág. 68

²⁰⁵ *Ibidem*, pág. 137.

En su análisis, Esser también reconoce la existencia de principios implícitos, los cuales “(...) se deducen de pormenores positivamente reconocidos (sin los cuales) no serían rectamente inteligibles, o porque constituyen los presupuestos indispensables para el funcionamiento de una institución positiva.”²⁰⁶

A esas notas, “Notas constitutivas de instituciones positivas”²⁰⁷, les otorga la categoría de principios necesarios o normativos si se atiende a su utilización real dentro de un sistema. De esta forma, entiende que tales principios pasaron a la estructura y que sin ellos el sistema no puede pensarse, pero que el modo como entraron en él no es importante, sino la función de “Elementos maestros de un ordenamiento jurídico.”²⁰⁸

También reconoce los principios útiles como todos los que requieren de ajustes previos a su inserción al campo jurídico, porque no forman parte de su sistemática actual, sino que se incorporan después de una decisión de principio aún sin realizar y de la solución positiva de conflictos de intereses.²⁰⁹

Hay para Esser dos categorías para determinar la relevancia de los principios dependiendo de la naturaleza del pensamiento del que se derivan y la función que les da sentido: la axiomática y la problemática. La primera consiste en “obligar por la fuerza de la lógica”, mientras que la segunda implica “Convencer por su valor objetivo”.²¹⁰

Finalmente, aun cuando distingue entre sistemas abiertos y cerrados, Esser los unifica de una manera conceptual para darle sentido a las variadas funciones que cumplen. Esto se evidencia cuando explica que si bien los sistemas abiertos usan los tópicos, los jueces en los sistemas cerrados también recurren a ellos.²¹¹

²⁰⁶ *Ibidem*, pág. 94.

²⁰⁷ *Ídem*.

²⁰⁸ *Ídem*.

²⁰⁹ *Ídem*.

²¹⁰ *Ibidem*. pág. 129.

²¹¹ *Ibidem*. pág. 89.

La diferencia se halla entonces en los sistemas cerrados, donde los principios se encuentran positivados o no, porque de estarlo adquieren otra categoría: la del carácter de derecho positivo y obligatorio para el sistema.²¹²

Se puede concluir entonces que Esser tiene la intención de brindar notas claras para la distinción de los principios, aunque deja abierta la discusión en torno a su naturaleza vinculante o no vinculante y a su carácter sistemático o extrasistemático, donde la jurisprudencia juega el papel de intermediario que posibilita la positivación.

3.3 La distinción de regla y principio de Humberto Ávila

Humberto Ávila explica de forma magnífica las principales características para distinguir una regla de un principio; para ello da un sentido a ambos con base en la función que cumplen dentro del sistema y aclarando que sus atributos diferenciales no son tajantes, sino que parten de puntos en común.

3.3.1 El criterio del comportamiento prescrito²¹³

Los principios son normas inmediatamente finalistas, mientras que las reglas son mediatamente finalistas.

Al establecer un estado de cosas, los principios requieren de la adopción de determinados comportamientos. Las reglas, para su concreción, definen con mayor exactitud comportamientos debidos, por lo que su principal elemento es el

²¹² AVILA, Humberto, Teoría de los Principios, 10ª edición, Madrid-España, editorial Marcial Pons ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2011, pág. 89.

²¹³ *Ibidem.* págs. 64- 65.

descriptivo. Las reglas son normas de lo que se debe hacer; de esta manera, su contenido se refiere a las acciones.

Ávila opina que las reglas pueden analizarse desde la perspectiva conductual como finalistas:

“Las reglas indican un deber de adoptar el comportamiento descriptivamente prescrito y los principios establecen el deber de adoptar el comportamiento necesario para realizar el estado de cosas... [En suma,] las reglas prevén conductas que sirven para realizar los fines debidos, mientras que los principios prevén fines cuya realización depende de conductas necesarias.”²¹⁴

3.3.2 El criterio de la justificación exigida

La diferencia entre principios y normas no se centra en su modo de aplicación típica clasificada en todo o nada, sino en el “(...) modo de justificación necesario para su aplicación”²¹⁵, puesto que el esquema todo o nada y más o menos se refiere a un análisis que sólo puede confirmarse al final del proceso, mientras que el modo de justificación consiste en una forma preliminar de evaluación.

Para las reglas, “(...) la previsión sobre un estado futuro de las cosas es inmediatamente irrelevante”²¹⁶ porque lo que en realidad importa es que el aplicador justifique la correspondencia entre los acontecimientos de facto, la descripción normativa y el soporte que le da la finalidad.

Lo más importante de este análisis se encuentra en que aunque la construcción conceptual del hecho corresponda a la construcción conceptual de la

²¹⁴ *Ibidem.* pág. 65.

²¹⁵ *Ibidem.* pág. 66.

²¹⁶ *Ídem.*

descripción normativa, si aquélla no se adecua al propósito que le sustenta o es superable por otras razones, la exigencia argumentativa será mucho mayor.²¹⁷

En otras palabras, la razón que sirve de sustento será la propia *ratio* de la norma, así que el argumento correspondiente a este soporte deberá estar implícitamente justificado en casos fáciles, pero deberá ser explícito en casos difíciles.

Por lo que respecta a los principios, el encargado de aplicarlos debe argumentar el modo como fundamenta su evaluación del vínculo entre los efectos de la conducta que debe adoptarse y la concreción paulatina del estado de cosas exigido.²¹⁸

El autor explica además una diferencia: las reglas contienen un “Carácter retrospectivo (...), en la medida en que describen una situación de hecho conocida por el legislador”²¹⁹, algo que no sucede con los principios dado su carácter prospectivo, ya que “Determinan un estado de cosas que debe ser construido.”²²⁰

Ávila concluye entonces que las reglas son primariamente retrospectivas, y los principios, primariamente prospectivos.

3.3.3. El criterio de la contribución a la decisión

De acuerdo con el autor citado, los principios y las reglas contribuyen de manera distinta a la conclusión a la que se llegue en algún caso particular.

Los principios, comenta, son “primariamente complementarios y preliminarmente parciales”²²¹, puesto que incluyen todos los aspectos para la toma

²¹⁷ *Ídem.*

²¹⁸ *Ibidem.* pág. 67.

²¹⁹ *Ibidem.* pág. 68.

²²⁰ *Ídem.*

²²¹ *Ídem.*

de una decisión y no se busca con ellos una solución específica, sino sólo que sean, junto con otras razones, el sustento de la determinación.

Por su parte, las reglas son “Preliminarmente decisivas y abarcadoras”²²², pues su propósito es considerar todos los aspectos relevantes y buscar una solución específica.

4. Postulados normativos, categoría normativa diferente a las reglas y principios

Ávila califica de insuficiente la clásica división entre reglas y normas para explicar las categorías normativas, dado que además de existir normas finalistas y normas con las que se busca una aplicación atendiendo a una descripción, hay otra clase de disposiciones, llamadas postulados, cuyo campo de acción es metódico.

Se trata de normas de segundo grado puesto que indican cómo se relacionan o deben aplicar las reglas y los principios y, en el entendido que de ambos cumplen con una función diferente, los cataloga también de manera distinta.

En el siguiente cuadro se resumen lo explicado por Humberto Ávila.

²²² *Ídem.*

Tabla 5 Resumen de la propuesta de Humberto Ávila para los principios, reglas y postulados.²²³

Las normas entonces pueden clasificarse, como lo indica Humberto Ávila: ²²⁴					
El significado preliminar de las disposiciones puede experimentar una dimensión inmediata	Tipo de Norma	Características			
		Intermediamente	Primariamente	Pretensión	Aplicación
Conductual	REGLA	Descriptivas	Restrospectivas	Decibilidad y comprensión	“Se exige la evaluación de la correspondencia, siempre centrada en la finalidad que le da soporte y en los principios que les son axiológicamente superiores, entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la construcción conceptual de los hechos.” ²²⁵
Finalista	PRINCIPIO	Inmediatamente	Primariamente	Pretensión	Aplicación
		Finalistas	Prospectivas	De complementariedad y de parcialidad	
El significado preliminar de las disposiciones puede experimentar una dimensión inmediata	Tipo de Norma	Características			
		Inmediatamente			
Metódica (postulado)	POSTULADO	Metódicas	Estructuran la interpretación y la aplicación de principios y reglas mediante la exigencia de relaciones entre elementos, con base en criterios. ²²⁷		
	Aplicación				
	De acuerdo con Humberto Ávila, “algunos postulados se aplican sin presuponer la existencia de elementos y criterios específicos”. ²²⁸				

²²³ Creación propia.

²²⁴ ÁVILA, Humberto, *op.cit.*, pp. 163- 165.

²²⁵ *Ibidem*, p. 163.

²²⁶ ÁVILA, Humberto, *op.cit.*, p. 163.

²²⁷ ÁVILA, Humberto, *op.cit.*, p. 164.

²²⁸ *Ídem*.

	<p>En este sentido, explica el uso de la llamada ponderación de bienes como un método que consiste en atribuir peso a elementos relacionados entre sí, sin referenciar puntos de vista materiales que orienten dicha valoración. Otra herramienta que se usa para fundamentar un postulado es la prohibición de exceso, que evita que la aplicación de una regla o principio restrinja un derecho fundamental a grado tal, que sustraiga su mínimo de eficacia.</p> <p>Según Ávila, definir la aplicabilidad de otros tipos de postulados depende de determinadas condiciones:</p> <p>“El postulado de la igualdad estructura la aplicación del derecho cuando hay relación entre dos sujetos en función de elementos (criterio de diferenciación y finalidad de la distinción) y la relación entre ellos (congruencia del criterio en razón del fin).</p> <p>El postulado de la razonabilidad se aplica, en primer lugar, como directriz que exige la relación de las normas generales con las individualidades del caso concreto, bien mostrando la perspectiva de aplicación de la norma, bien indicando los supuestos en los que el caso individual, en virtud de sus especificidades, deja de enmarcarse en la norma general. En segundo lugar, como directriz que exige una vinculación de las normas jurídicas con el mundo al que hacen referencia, ora será reclamando la existencia de un soporte empírico y adecuado para cualquier acto jurídico, ora exigiendo una relación congruente entre la medida adoptada y el fin que ésta pretende alcanzar. En tercer lugar, como directriz que exige la relación de equivalencia entre dos magnitudes.”²²⁹</p>
	<p>Medios dentro de los postulados</p>
	<p>“Un medio es adecuado cuando promueve mínimamente el fin. En el supuesto de actos jurídicos generales, la adecuación debe analizarse desde el punto de vista abstracto, general y previo. En el caso de actos jurídicos individuales, la adecuación debe hacerse en el plano concreto, individual y previo. El control de adecuación debe limitarse, en razón del principio de separación de poderes, a la anulación de los medios manifiestamente inadecuados.”²³⁰</p> <p>Un medio es necesario cuando no haya medios alternativos que puedan promover igualmente el fin sin restringir con la misma intensidad los derechos fundamentalmente afectados. El control de necesidad debe limitarse, en razón del principio de separación de poderes, a la anulación del medio elegido cuando haya un medio alternativo que, en aspectos considerados fundamentales, promueva igualmente el fin causando menos restricciones.”²³¹</p> <p>Un medio es proporcional cuando el valor de la promoción del fin no es proporcional al desvalor de la limitación de los derechos fundamentales. Para analizarlo hay que comparar el grado de intensidad de la promoción del fin con el grado de intensidad de la restricción de los derechos fundamentales. El medio será desproporcionado si la importancia del fin no justifica la intensidad de la limitación de los derechos fundamentales.”²³²</p>

²²⁹ *Ídem.*

²³⁰ ÁVILA, Humberto, *op.cit.*, p. 165.

²³¹ *Ídem.*

²³² *Ídem.*

Disociación de las reglas frente a los principios²³³	
En cuanto a la forma de prescribir el comportamiento	En la medida en que se establecen obligaciones, permisos y prohibiciones mediante la descripción de la conducta que ha de cumplirse, los principios son normas inmediatamente finalistas, ya que definen un estado de cosas cuya promoción gradual depende de los efectos resultantes de la adopción de comportamientos necesarios para ello. Los principios son normas cuya cualidad primordial es, justamente, determinar la realización de un fin relevante desde el punto de vista jurídico, mientras que la característica principal de las reglas es la previsión del comportamiento.
En cuanto a la justificación que exigen	La interpretación y la aplicación de las reglas exigen una evaluación de la correspondencia entre la construcción conceptual de los hechos, la construcción conceptual de la norma y la finalidad que le da soporte, mientras que los principios requieren una valoración de la correlación entre el estado de las cosas establecido como su fin y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria.
En cuanto a la forma de contribuir a la decisión	Los principios consisten en normas primariamente complementarias y preliminares parciales, en la medida en que además de comprender sólo parte de los aspectos relevantes para tomar una decisión, no tienen la pretensión de generar una solución específica, sino la de contribuir, junto a otras razones, a la toma de una decisión. Por su lado, las reglas son normas preliminares decisivas y abarcadoras, en la medida en que pese a que su función comprende todos los aspectos relevantes para tomar la decisión, aspiran a generar una solución específica para el conflicto en cuestión.

²³³ *Ibidem.* págs. 163-165

5. Razones para la acción de Joseph Raz

Joseph Raz explica las normas desde una perspectiva diferente y las concibe como razones para la acción; es decir, en cómo ellas conducen a las acciones al ser premisas, guías y valoraciones que se siguen para decidir un actuar.

Este pensador reconoce dos tipos fundamentales de razones: las razones para la acción y las razones para la creencia, que comparten los mismos atributos lógicos principales, pero advierte que “(...) las personas deben guiar su conducta por lo que es el caso, no por lo que creen es el caso.”²³⁴

En su calidad de orientaciones para la acción, este autor concibe a las razones como relaciones entre hechos y personas. Hay por eso diferentes tipos de razones que influirán de modos diversos y con fuerzas distintas para que el individuo decida actuar de una manera u otra.

Según Raz, hay en primer término una razón completa, que es cualquier sistema de premisas donde se implique a una razón por la que se deba actuar de un modo u otro. Estas razones se considerarán atómicas si se le añade la condición de que dejaría de ser completa si se omite cualquiera de sus partes constitutivas.²³⁵

Las razones están caracterizadas por su nivel de fuerza. El componente de fuerza se refiere a la cualidad que sirve para elegir de entre varias razones en conflicto, la que supere a las otras.

Raz también concibe diferentes grados de fuerza: “(...) en primer lugar, de entre las razones en conflicto la que supera a la otra es la más fuerte. En segundo lugar, si una razón supera a todas las razones que son superadas por otra razón, y

²³⁴ RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 19.

²³⁵ *Ibidem*. pág. 28.

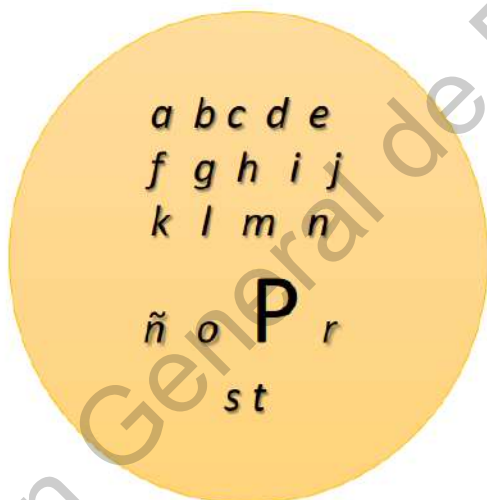
supera también otras razones, entonces ella es más fuerte que esa segunda razón.”²³⁶

De este modo, la fuerza de las razones permite definir cuál razón será, de entre todas las disponibles, la que guiará la acción por ser más fuerte que las demás.

Esta peculiaridad de las razones es diferente de los motivos por los que se cancela una razón. La cancelación se debe a cierto atributo y no implica un conflicto de razones; en otros términos, la cancelación no depende de la fuerza de las razones.²³⁷

Raz diferencia entre razones completas de la manera siguiente:

Ilustración 1 Razones concluyentes para Raz²³⁸



P es razón concluyente porque es la más fuerte.

P es razón concluyente porque en este caso no está Q.

P es concluyente porque no ha sido cancelada.

Todas las razones en cursiva son razones prima facie, porque no son absolutas ni concluyentes.

“(1) Una razón concluyente: P es una razón concluyente para que x haga ϕ si, y sólo si, P es una razón para que x haga ϕ (que no ha sido cancelada) y no hay una razón q tal que q supere a P.”²³⁹

²³⁶ *Ibidem.* pág. 30.

²³⁷ *Ibidem.* págs.30-31.

²³⁸ Creación propia.

²³⁹ *Ibidem.* pág. 31.

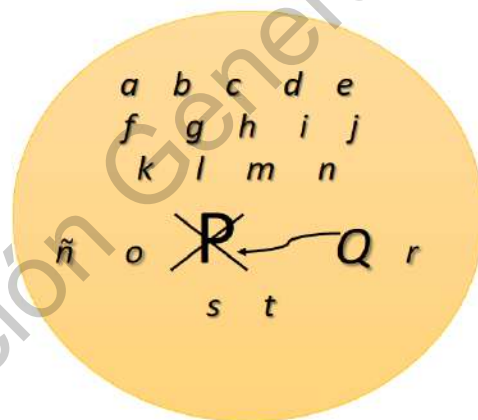
“(3) Una razón prima facie es una razón que no es ni concluyente ni absoluta.”²⁴⁰

Ilustración 2 Razones absolutas para Raz²⁴¹



“(2) Una razón absoluta: P es una razón absoluta para que x haga ϕ si, y sólo si, no puede haber un hecho que la supere; es decir, para toda razón q no es nunca el caso q supera a p.”²⁴²

Ilustración 3 Cancelación de razones para Raz²⁴³



Q cancela a P. Cancelar no es lo mismo que superar. El concepto de cancelar puede homologarse al de dejar de ser elegible. Por lo tanto, de no haber sido cancelada, P seguiría teniendo más fuerza que Q. P es entonces absoluta, pero por su cancelación no es concluyente: deja de ser una opción para actuar, deja de ser elegible.

²⁴⁰ Ídem.

²⁴¹ Creación propia.

²⁴² RAZ, Joseph, Razón práctica y normas, Madrid- España, editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 31.

²⁴³ Creación propia

“No toda razón absoluta es concluyente, pues puede ser una razón absoluta aun cuando sea cancelada por q. En este caso, no sería razón concluyente.”²⁴⁴

Joseph Raz reconoce también las razones auxiliares, cuya función es justificar la transferencia de la actitud práctica a partir del enunciado de la razón operativa. A estas razones también se les llama identificadoras porque permiten saber el acto que contiene una razón para realizarse.²⁴⁵

Un litigante desea probar un hecho en el cual se sustenta la acción dentro de una demanda. Si ofrece la prueba testimonial de una determinada persona, logrará probar dicho hecho; por consiguiente, tiene una razón para presentarla. “El litigante desea probar un hecho” es la razón operativa. Ofrecer dentro del juicio una prueba testimonial hará que sustente dicho hecho. Esto último es la razón auxiliar o identificadora.

De alguna manera se logra transitar de la fuerza de la razón operativa al acto que en particular se efectúa, al ser ella el motor para realizar la conducta. Es decir, el objetivo que se quiere lograr impulsa a efectuar determinada acción para conseguir el objetivo que se quiere. De alguna manera, se pasa de ese pensar a ese accionar para obtener un resultado.

Las razones auxiliares o identificadoras son diferentes de las razones que afectan la fuerza. Al mismo tiempo, estas últimas sólo cobran importancia cuando existen situaciones de conflicto, cuando ayudan a definir qué razón tiene más fuerza.²⁴⁶

²⁴⁴ RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid- España, editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 31-32.

²⁴⁵ *Ibidem.* pág. 38.

²⁴⁶ *Ibidem.* pág. 39.

Si para lograr un objetivo se cuenta con varias opciones y sólo se puede elegir una de ellas, lo que se requiere es observar los hechos que afectan a dichas opciones, para poder así decidir qué se debe hacer.

Cabe aclarar que los hechos no son razones operativas, sólo determinan la fuerza de las razones que están en pugna. El resultado de analizar de forma detallada el conflicto entre razones, es reconocer que ellas serán de diferentes niveles porque afectan de diferente manera el problema.²⁴⁷

Como puede observarse, Raz reconoce diferentes tipos de razones, lo cual se aclara en breve a continuación.

Las razones de primer orden son todas aquellas que tienen la misma fuerza, que se organizan en un mismo plano. Por su parte, las razones de segundo orden prevalecen sobre las de primer orden.

Cuando hay una competencia entre razones de primer orden, es la fuerza el elemento que define cuál de ellas ha de imponerse. Mientras tanto, las razones de segundo orden indican un motivo para actuar o para abstenerse de actuar por una razón. De acuerdo con Raz, "(...) una razón excluyente es una razón de segundo orden para abstenerse de actuar por alguna razón."²⁴⁸

Los conflictos que puedan existir entre razones de primer y segundo orden no se resuelven con base en la fuerza de cada una de ellas, como sucede entre las que sólo son de primer orden, sino partiendo de un principio lógico que indica que las razones de segundo orden o excluyentes prevalecen siempre ante las de primer orden.

²⁴⁷ *Ídem.*

²⁴⁸ *Ibidem.* pág. 44.

Una razón de segundo orden o excluyente puede ser superada sólo por una de su mismo tipo, por lo que únicamente la razón de segundo orden que no es derrotada por otra de su misma clase guiará la conducta.

Hay dos tipos de conflictos entre razones: los de primer orden, que se resuelven por los pesos intrínsecos de las razones en conflicto, y los que surgen entre razones de primer orden y razones de segundo orden o excluyentes, donde siempre prevalece la razón de segundo orden porque tiene, por así decirlo, una jerarquía más alta, sin que tal atributo la excluya de la posibilidad de ser cancelada o de que su alcance se modifique por razones auxiliares.²⁴⁹

En lo correspondiente a la distinción entre principios y reglas, Raz considera que básicamente consiste en que los principios implican una mayor generalidad e importancia que las reglas. Si bien aclara que un principio se utiliza de forma indistinta para precisar un valor último, y los valores son razones para la acción, en realidad considera que la diferenciación entre las dos figuras carece de importancia filosófica.²⁵⁰

Por lo tanto, Raz no explica diferencias entre principio y regla que hagan alguna alusión a la fuerza de las razones para la acción, por lo que agrupa a ambos tipos de norma como un conjunto que no amerita mayor distinción.

Su propuesta es encuadrar los principios y reglas como normas de mandato al declarar su renuencia a utilizar el término prescriptivo porque, desde su perspectiva, éste se utiliza para actos del habla o significados, y dichas figuras, para él, no son principios ni reglas.²⁵¹

²⁴⁹ *Ibidem.* págs. 51-52.

²⁵⁰ *Ibidem.* pág. 55.

²⁵¹ *Ibidem.* pág. 56.

De acuerdo con Raz, las reglas son razones para la acción, y el principal problema para comprenderlas “(...) es ver qué clase de razón son y cómo se diferencian de otras razones.”²⁵²

Las razones son el eje del argumento de Raz para explicar las reglas. Tan es así, que considera que de un grupo de razones no se puede distinguir a las reglas partiendo de los sujetos o los actos normativos ni atendiendo a su fuerza, sino definiendo si se trata de una razón de primer o de segundo orden.

Insiste en su concepción cuando afirma que “(...) una norma de mandato es, o bien una razón excluyente, o bien, más comúnmente, a la vez una razón de primer orden para realizar el acto normativo y una razón excluyente para no actuar por ciertas razones en conflicto.”²⁵³

Las reglas, según esta propuesta teórica, son recursos (*devices*) que optimizan el tiempo y minimizan el riesgo de error, al indicar lo que se debe hacer en una situación determinada partiendo del balance de las razones previsibles.

En consecuencia, al tipificarse la situación estipulada en la regla, los sujetos normativos “(...) pueden confiar en la regla ahorrando así mucho tiempo y trabajo y reduciendo los riesgos de un cálculo equivocado que acarrea el examinar cada vez cada situación sobre la base de sus méritos.”²⁵⁴ Cabe aclarar, sin embargo, que las reglas no son útiles si se dispone de todo el tiempo y recursos para tomar una decisión.

Desde este punto de vista, Raz explica que si es necesario reexaminar una regla en cada ocasión a la que se aplica, entonces no es una regla.²⁵⁵

²⁵² *Ibidem.* pág. 57.

²⁵³ *Ibidem.* pág. 66.

²⁵⁴ *Ibidem.* pág. 67.

²⁵⁵ *Ibidem.* 82.

El autor establece la diferencia entre máxima y razón (entendida como regla) al exponer que si bien ambas señalan qué razón tiene una acción para que se lleve a cabo, la regla indica también una razón excluyente o de segundo orden.²⁵⁶

Aún más: las normas de mandato se acatan porque quien lo hace cree que es una razón válida para realizar el acto que en ella se precisa, sin considerar las razones en conflicto; es decir, la norma de este tipo cumple el mismo papel que las decisiones en el razonamiento práctico: **“Tener una regla es haber decidido por adelantado que hacer.”**²⁵⁷

La regla se toma no sólo como la razón para realizar un acto normativo, sino también como la que resuelve conflictos prácticos al excluir razones en conflicto. Tal es el beneficio de tener reglas y también es la diferencia entre las normas de mandato y otras razones para la acción.

Según las anteriores consideraciones, se puede concluir que “(...) una norma es válida si, y sólo si, debe ser seguida. (...) una regla es válida sólo si es una razón excluyente válida.”²⁵⁸

En resumen, la regla es una razón excluyente que exige la realización del acto prescrito abandonando otros motivos que pudieran resultar relevantes.

Ahora bien, notamos que el autor utiliza indistintamente el término de reglas o normas. En este orden de ideas, las normas o reglas pueden tener una doble función: ser razones excluyentes y de primer orden; esto sucede cuando surge una razón incompatible con la norma, que no es por ella. Entonces, mediante un balance de razones donde se compare el peso de la norma con la razón incompatible (que es de primer orden), se concluirá lo que debe hacerse. Como resultado de esta

²⁵⁶ *Ibídem.* pág. 69.

²⁵⁷ *Ibídem.* pág. 82. Énfasis del tesista.

²⁵⁸ *Ibídem.* pág. 83.

acción, la norma pasa a ser una razón de primer orden que debe analizarse frente a esta razón excluyente.

Las razones que justifican su acatamiento y que le dan su carácter de excluyente son las que otorgan fuerza a la norma cuando ésta debe evaluarse como razón de primer orden. Dicha fuerza depende también de la posible existencia de casos que justifiquen el alejamiento de la norma, que en este caso funcionarían como razones auxiliares.

Lo que se explica con la anterior consideración es que una norma no resuelve de manera automática los problemas prácticos, como es el caso de que puedan existir razones en conflicto que no fueron excluidas por la norma, pero en la mayoría de los casos la norma resulta ser decisiva puesto que busca la simplificación debido a su carácter excluyente.

Raz acota por último el concepto de permisión partiendo de su concepto de razón.

Al respecto, comenta que una permisión no es una razón a favor o en contra ni tampoco un equilibrio entre razones, sólo indica que se permite algo. Añade que una permisión es fuerte cuando está respaldada por una norma, y débil cuando se base sólo en la inexistencia de normas que prohíban la acción; es decir, en que no existe una norma en contrario.

Las permisiones también implican que el actuar de cierta manera no significa accionar de manera contraria a la razón, precisamente por esa ausencia de restricción; de ahí su importancia en el razonamiento práctico.

Una permisión excluyente difiere de una razón excluyente en el sentido que la primera permite actuar de cierta manera, mientras que la razón excluyente o de segundo orden exige que se dejen de tomar en cuenta las demás razones en juego.

En tal sentido, las permisiones no son el resultado de una carencia de razones; más bien, son el resultado de consideraciones que indican que puedo “No tomar en cuenta razones en conflicto.”²⁵⁹

Ahora bien, quizá en este punto el lector podría preguntarse por qué si se habla de reglas y principios no se aborda a Robert Alexy, pero como se mencionó en la introducción de este trabajo Robert Alexy, si bien tiene una teoría bien desarrollada para distinguir principios y reglas esto lo hace en función a su grado de cumplimiento, lo que para este trabajo si bien resulta necesario no es suficiente, ya que además es ineludible utilizar el juego con el que se desempeñan dependiendo a si estos se encuentran o no positivados, si es o no obligatoria su observancia, si al ser introducidos dan o no estructura al sistema y no sólo hasta en qué medida pueden cumplirse.

Más aún, se sostiene que es necesario prescindir de abordar a dicho autor porque sustenta el tema que se plantea aquí un paso adelante de lo que el presente trabajo pretende. Es decir, Alexy aborda a los principios y reglas ya como parte de un sistema jurídico, con una función muy particular y en ese entendido los distingue, mientras que en este trabajo lo que se pretende es explicar su transición en relación a la función que tiene dentro del sistema que es lo que posibilitó su transición de conceptualizaciones ajenas al derecho, a una dentro del derecho, que además hace enfatizar la obligación del cumplimiento de las figuras.

Aunado a lo anterior, Alexy utiliza el test de ponderación para distinguir los principios de las reglas por medio del test de ponderación, lo que traería como consecuencia abordar en primera instancia dicha figura para una posterior comprobación, lo cual no pretende realizar esta tesis, ya que el sólo estudiar esta figura daría material para un estudio completo, cuando lo que se pretende es dar

²⁵⁹ *Ibidem.* pág. 103.

bases generales para una distinción del pro persona. Este estudio será material de una próxima investigación.

La relación entre el poder y las normas es un tema significativo dentro de la teoría de la razón de Raz en el contexto de la existencia de distintos tipos de poder, dentro de los que él reconoce un poder normativo o jurídico cuyo sustento “(...) ha de proporcionarse por medio de la explicación de lo que es ejercer un poder.”²⁶⁰

El poder normativo o jurídico es el que puede generar un cambio en los derechos o deberes del destinatario. Dicho cambio jurídico es el que busca modificar las acciones de una persona influyendo en las razones auxiliares y en las razones operativas.²⁶¹

Por ello, dicho poder, en tanto sistema institucionalizado, es el más importante de los que existen en una sociedad, y se le llama institucionalizado porque la función de las instituciones es la creación y aplicación de las normas.

Raz indica que la validez de las normas jurídicas radica en su pertenencia a tal sistema. Aunque ésta, su primer característica es necesaria, no es suficiente, pues las normas deben ser practicadas por las instituciones correspondientes; en otros términos, deben ser sistemáticamente válidas.²⁶²

Los sistemas jurídicos tienen tres rasgos principales:²⁶³

1. Tienen criterios. Por lo que se refiere a su práctica, dependen del funcionamiento de sus instituciones creadoras de normas.
2. Pertenencia al sistema. Se vinculan con las normas que establecen las

²⁶⁰ *Ibidem.* pág. 112.

²⁶¹ *Ibidem.* págs. 113-114.

²⁶² Sistémico es adjetivo utilizado para indicar que es perteneciente o relativo a la totalidad de un sistema; sistemático se refiere a que sigue o se ajusta a un sistema.

²⁶³ *Ibidem.* pág. 148.

instituciones pertinentes.

3. Su validez sistémica depende de su puesta en práctica.

Los sistemas jurídicos otorgan una guía a los individuos: las normas que las instituciones encargadas de su aplicación (instituciones primarias) deben seguir.

Al igual que otros sistemas institucionalizados, los sistemas jurídicos poseen su propio método interno de valoración. Por ejemplo, en un análisis jurídico, las normas vinculan tanto al individuo a quien se aplica la norma como al tribunal que debe hacerlas valer, y dan la pauta para la valoración; estas normas, además, deben seguirse independientemente de la opinión de quien las aplique:

“Los sistemas institucionalizados constan de normas circundadas por un perímetro de razones excluyentes que excluyen la aplicación de todas las razones distintas de las normas del sistema, y en su núcleo se encuentran determinaciones aplicativas autoritativas que excluyen todas las demás razones incluyendo otras normas del sistema.”²⁶⁴

De acuerdo con el concepto de Raz, los tribunales juzgan a los individuos con base en las reglas jurídicas y excluyendo todas las demás consideraciones en conflicto (aunque debe recordarse que la exclusión no tiene un alcance total. Algunas veces los jueces tienen discreción para anular –*override*–).

Los tribunales, por consiguiente, deben juzgar a los individuos como si éstos estuvieran obligados a concebir a las exigencias jurídicas como razones excluyentes.

En efecto, los tribunales están vinculados a examinar la actuación de las personas de acuerdo con los estándares jurídicos, con exclusión de todas las razones, puesto que, como ya se argumentó, las reglas del sistema que se aplican

²⁶⁴ *Ibidem.* pág. 168.

a los miembros de una comunidad son idénticas a las reglas por medio de las cuales deben los órganos primarios juzgar a las personas. Por ello, todas las reglas jurídicas son tanto razones de primer orden como razones excluyentes.²⁶⁵

De acuerdo con lo expuesto, existen diferentes clases de reglas jurídicas:²⁶⁶

(1) Toda regla jurídica que exija la realización de una acción (o su omisión) es una razón para la realización (u omisión) de esa acción y también una razón excluyente para no actuar sobre la base de razones en conflicto que no sean ellas mismas normas jurídicas o razones jurídicamente reconocidas.

(2) Toda regla jurídica permisiva es también una permisión excluyente, esto es, una permisión para realizar el acto normativo y una permisión de segundo orden para no actuar sobre la base de razones para no realizar el acto normativo que no sean ellas mismas normas jurídicas o razones jurídicamente reconocidas.

(3) Toda regla jurídica que confiere poderes está relacionada con normas jurídicas en mandato o permisivas.

Hay otros tipos de sistemas diferentes de los jurídicos que también accionan sobre el proceder de las personas pertenecientes a una comunidad.

Se trata de los sistemas de discreción absoluta, los cuales no están obligados a seguir algún estándar común y pueden decidir lo que consideren mejor. Estos sistemas no otorgan guía a los ciudadanos sobre el resultado en caso de disputas.²⁶⁷

²⁶⁵ *Ibidem.* pág. 166.

²⁶⁶ *Ídem.*

²⁶⁷ *Ibidem.* pág. 159.

CAPÍTULO III “EL PRINCIPIO PRO PERSONA”

1. El principio pro persona

La primera aproximación a esta figura es en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el Juez Rodolfo E. Piza Escalante:

“Si la **Convención prohíbe [las] restricciones indirectas** [al derecho a la libertad de expresión], **no es posible entender que permita las directas**. Por lo demás, el hecho de que [una] prohibición expresa solamente se refiera a la comunicación o circulación de ideas u opiniones, no puede interpretarse como que sí permite restricciones a la libertad de información, en el sentido de la búsqueda y difusión de noticias sin contenido ideológico, porque esta libertad implica también la comunicación y, sobre todo, la circulación de ideas u opiniones ajenas, al lado de las simples noticias, que serían las únicas no incluidas expresamente en la prohibición. De todos modos éstas pueden y deben considerarse implícitamente contempladas en ellas en virtud del principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones (**principio pro homine**), y del criterio universal de hermenéutica de que ‘donde hay la misma razón hay la misma disposición.’²⁶⁸ (sic)

Posterior a lo anterior, vuelve a utilizarlo de la siguiente manera:

“36. En este aspecto, me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, **la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen**. Ese criterio

²⁶⁸ Rodolfo E. Piza Escalante, voto particular en la Opinión Consultiva oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12040.pdf> el día 06 de junio de 2017 (Énfasis en subrayado y negritas es del tesista)

fundamental --principio pro homine del Derecho de los Derechos Humanos--, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, de manera que si, en los términos en que está definido por la Convención el derecho de rectificación o respuesta, podría ser aplicado aun a falta de las referidas 'condiciones que establezca la ley', es un derecho exigible per se."²⁶⁹

Ahora bien, podemos entender que el pro persona se refiere, en un inicio y sin analizar su categoría normativa, a un método hermenéutico, el cual obliga al operador del derecho elegir de una variedad de opciones aquella que sea la más favorable a los derechos de la persona, "Frente al ejercicio de la Potestad Estatal a la que pertenece, y para que en el caso que deba excepcionalmente restringirlos, de conformidad a las situaciones autorizada por un Tratado, Pacto, Constitución o ley, lo sea de manera tal de afectar su esencia y sustancia y siempre buscando afectar de la menor manera posible, el ejercicio regular del derecho en cuestión. También, desde otra perspectiva, el principio comentado, se debe entender del modo de armonizar el interés individual con el interés general, preservando la efectividad del derecho garantizado a los sujetos comprendidos."²⁷⁰

Pero entonces es importante señalar que la interpretación de las disposiciones nacen precisamente las normas, por lo que es necesario entender desde la perspectiva de la generación de la norma que esta se puede generar en tres principales vertientes, que nos darán diferentes funciones y por lo tanto diferentes categorías normativas, que en el siguiente apartado analizaremos.

²⁶⁹ Rodolfo E. Piza Escalante, voto particular en la Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie A, núm. 7, párr. 36 Consultable en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf, consultado el 8 de junio de 2019 (Énfasis en subrayado y negritas es del tesista).

²⁷⁰ EDUARDO J. R. LLUGDAR "La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los Derechos Fundamentales". <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf> consultado el 1 de junio de 2019, pág. 6.

2. El pro persona y su transición de tópico a principio o regla.

Ahora bien, como hemos analizado en los capítulos anteriores se pueden separar dos momentos en la incorporación de cualquier figura en un sistema normativo, uno donde racionalmente se justifica su empleo, se genera un patrón de identificación para su actuar y aplicación, pero aún no resulta por lo tanto obligatorio, sino orientador y observable en caso de ser necesario a criterio del operador jurídico; posteriormente a ello cuando esta figura se torna por su importancia se vuelve necesaria su incorporación al sistema jurídico agregándosele así la obligatoriedad para su observancia, por lo que es positivado y con ello integrado de forma inequívoca al sistema jurídico, donde ahora además de ser revisable si su aplicación se realizó y si esta fue de manera correcta, en caso de su inobservancia, al ser obligatorio, hace que su falta de seguimiento sea susceptible de una sanción, sanción que hace que la propia determinación que no observó lo preceptuado en la figura sea revocada por no cumplir con los requisitos formales y materiales de validez (parte sustancial de sistema).

Ahora bien, a una figura jurídica que se encuentra fuera del sistema, pero puede ser utilizado dentro de este para que la aplicación de las disposiciones resulten más armoniosas se les llama tópicos; cuando la figura se torna obligatoria dependerá de la forma en que haya sido insertado al sistema para entenderlo como un principio o una regla. Si el tópico se inserta en el sistema jurídico dentro de algún instrumento que le dé importancia de estructurar el sistema, al reconocerlo como una finalidad a lograrse, como puede ser dentro de un Tratado Internacional o Constitución, se le dará el carácter de principio, si por ejemplo se le da una función cerrada dentro de normas secundarias, donde se pueda o no cumplir en torno a la verificación simple del resultado y no en el grado de su cumplimiento, se le estará dando el carácter de regla.

Entonces, en la figura que no interesa el “pro persona” resulta claro que en un inicio, al ser solamente utilizando en forma aislada y creado por una interpretación sistemática, pero lejos de resultar obligatorio para todos los operadores jurídicos de sistema, el pro persona fue un tópico. Posterior a ello, dicha figura fue utilizada con mayor frecuencia al grado que fue posible identificar su patrón y con ello hacerse revisable. Es entonces cuando los sistemas jurídicos al encontrarlo de importancia relevante lo insertan dentro de su legislación local, identificando con claridad las maneras en que actúa, otorgándole con la posibilidad de ser revisable.

A continuación, se mostrarán algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se observa su implementación, a un grado de que resulta ser reiterada y así tomada por diferentes Estados por considerarlo importante para los propios fines del sistema jurídico.

Tabla 6 Antecedentes de la aplicación del pro persona, en su actuar como tópico²⁷¹

1985	Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985
	Si la Convención prohíbe [las] restricciones indirectas [al derecho a la libertad de expresión], no es posible entender que permita las directas . Por lo demás, el hecho de que [una] prohibición expresa solamente se refiera a la comunicación o circulación de ideas u opiniones, no puede interpretarse como que sí permite restricciones a la libertad de información, en el sentido de la búsqueda y difusión de noticias sin contenido ideológico, porque esta libertad implica también la comunicación y, sobre todo, la circulación de ideas u opiniones ajenas, al lado de las simples noticias, que serían las únicas no incluidas expresamente en la prohibición. <u>De todos modos éstas pueden y deben considerarse implícitamente contempladas en ellas en virtud del principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones (principio pro homine)</u> , y del criterio universal de hermenéutica de que 'donde hay la misma razón hay la misma disposición'. ²⁷² (sic)
1986	Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párr. 36
	36. En este aspecto, me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen . Ese criterio fundamental --principio pro homine del Derecho de los Derechos Humanos--, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, de manera que si, en los términos en que está definido por la Convención el derecho de rectificación o respuesta, podría ser aplicado aun a falta de las referidas "condiciones que establezca la ley", es un derecho exigible per se. ²⁷³
2002	Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia De Fondo Del Caso Bámaca Velásquez ²⁷⁴
	Párrafo 3. "(...) El principio favorecedor de la persona humana, que se cifra en la versión amplia de la regla pro homine --fuente de interpretación e integración progresiva--, tiene aquí una de sus más notables expresiones.
2009	Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 79. ²⁷⁵
	79. La Corte considera que los criterios sistemáticos y teleológicos son insuficientes para superponerse a lo que indica claramente el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará, donde se señala que el sistema de peticiones se concentrará exclusivamente en la posible violación del artículo 7 de dicha Convención. Al respecto, la Corte resalta que a partir del principio de interpretación más favorable no se puede derivar un enunciado normativo inexistente, en este caso, la integración de los artículos 8 y 9 al tenor literal del artículo 12. Ello no obsta a que los diversos artículos de la Convención Belém do Pará sean utilizados para la interpretación de la misma y de otros instrumentos interamericanos pertinentes.
2009	Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor poisot. En relación con la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el <u>caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México</u> , 26 de noviembre de 2010 ²⁷⁶
	25. Este proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos se manifiesta claramente en reformas legislativas trascendentales en los Estados nacionales, al incorporar diversas cláusulas constitucionales para recibir el influjo del Derecho Internacional. Así sucede con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, o incluso aceptando su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables; el

²⁷¹ Creación propia

²⁷² RODOLFO E. Piza Escalante, voto particular en la Opinión Consultiva oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12040.pdf> el día 06 de junio de 2017 (Énfasis en subrayado y negritas es del tesista).

²⁷³ RODOLFO E. Piza Escalante, voto particular en la Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie A, núm. 7, párr. 36 Consultable en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf, consultado el 8 de junio de 2019 (Énfasis en subrayado y negritas es del tesista).

²⁷⁴ GARCIA, R. Sergio, voto razonado concurrente en la sentencia de fondo del caso Bámaca Velásquez http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_91_esp.pdf, consultado el día 1 de junio de 2019.

²⁷⁵ CORTE, Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 79. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Consultado el 1 de junio de 2019

²⁷⁶ FERRER, E. Mac-Gregor Poisot Voto Razonado En Relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cabrera García Y Montiel Flores Vs. México, De 26 De Noviembre De 2010 Consultado En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_ferrer_220_esp.doc El 01 de junio de 2019.

reconocimiento de su especificidad en esta materia; la aceptación de los principios pro homine o favor libertatis como criterios hermenéuticos nacionales; en la incorporación de “cláusulas abiertas” de recepción de otros derechos conforme a la normatividad convencional; o en cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades “conforme” a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre otros supuestos. De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional.

38. En efecto, al realizarse el “examen de compatibilidad convencional”, el juez nacional debe siempre aplicar el principio pro homine (previsto en el artículo 29 del Pacto de San José), que implica, inter alia, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales; pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos. Así lo ha interpretado la propia Corte IDH, al señalar que:

51. A propósito de la comparación entre la Convención Americana y los otros tratados mencionados, la Corte no puede eludir un comentario acerca de un criterio de interpretación sugerido por Costa Rica en la audiencia del 8 de noviembre de 1985. Según ese planteamiento en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones porque:

De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal. (Subrayado añadido).

En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de:

Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.

69. La última parte de esta previsión es de especial significación para el grado de intensidad del “control difuso de convencionalidad”, toda vez que los jueces deben ejercerlo “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Como lo hemos analizado con antelación (véase supra párrs. 34 a 41), todos los jueces deben realizar dicho “control” y el grado de intensidad lo determinará las competencias y regulaciones procesales. En principio, todos los jueces mexicanos deben partir del principio de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma nacional y, por consiguiente, en un primer momento deben siempre realizar la “interpretación” de la norma nacional conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales, lo que implica optar por la interpretación de la norma más favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos y libertades en aplicación del principio pro homine o favor libertatis previsto en el artículo 29 del Pacto de San José, desechando aquellas interpretaciones incompatibles o de menor alcance protector; de tal manera que, contrario sensu, cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades, debe realizarse la interpretación más estricta para dicha limitante. Y sólo cuando no pueda lograrse interpretación constitucional y convencional posible, los jueces deberán desaplicar la norma nacional o declarar su invalidez, según la competencia que la Constitución y leyes nacionales otorgue a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del “control de convencionalidad”.

73. No debe soslayarse que los fallos de condena al Estado mexicano se refieren a que las normas requieren ser “interpretadas” teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, para “hacer efectivos” los derechos y libertades de dicho Pacto. En dicho dispositivo convencional se establece que “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. De ahí que la expresión “o de otro carácter” comprendan también

“interpretaciones constitucionales” que permitan la aplicabilidad de los derechos con el mayor grado de efectividad y alcance, en términos del principio pro homine reconocido en el artículo 29 del propio Pacto de San José. Lo anterior podría ser motivo de reflexión para superar los criterios jurisprudenciales aludidos por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

74. El principio pro homine ha sido considerado por algún tribunal mexicano de “aplicación obligatoria”, debido a que se prevé en tratados internacionales que forman parte de la Ley Suprema de la Unión en términos del reproducido artículo 133 de la Constitución federal. Así se estableció por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 202/2004, el 20 de octubre de 2004, formándose la tesis I.4º.A.464 A, cuyo rubro y texto son:

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

El principio pro homine que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria. (Subrayado añadido).

2010 | Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 34.

34. Sobre este punto, es necesario recalcar que el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.²⁷⁷

²⁷⁷ CORTE, Interamericana de derechos humanos, Caso Velez Loo vs Panamá, sentencia del 23 de noviembre del 2010, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), consultado en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8140.pdf?view=1> el 01 de junio de 2019.

Una vez que el pro persona manifiesta una continuidad y se torna importante para la consecución de los objetivos de algunos sistemas jurídicos, el principio **pro persona** es de aplicación obligatoria por la suscripción de tratados internacionales y al ser incluido en un sistema jurídico como obligatorio cobra características particulares de que partirá el análisis de su categoría normativa, como es el caso del estado Mexicano que lo incorpora como base de la parte sustancial a nivel constitucional, convirtiéndose por una parte en principio a indicar una finalidad, pero además como una regla, como a continuación se explicará.

3. Función del principio pro persona

Ahora bien, el pro persona nos implica realizar tres acciones distintas, con una función diferente de la cual se correlacionará un resultado, si bien cada función lo que busca es proteger la interpretación más amplia y restringir en la menor medida posible un derecho fundamental, encontraremos que el mecanismo para lograrlo es diferente.

Partiendo de los argumentos anteriores, se puede afirmar que el pro persona funciona en tres vertientes, funciones separadas y que se ejecutan de manera independiente:

- a) Como **elemento que estructura el sistema** al describir una de las finalidades del mismo, por lo que obliga a que la interpretación que de las disposiciones se realice buscando el cumplimiento de la **finalidad** de la protección más amplia al derecho fundamental en juego. (Refleja la parte sustancial del sistema jurídico)
- b) **Preferencia dispositiva**. De existir varias fuentes donde un derecho fundamental esté reconocido, **deberá elegirse** la que favorezca e implique menores restricciones a los derechos fundamentales.

- c) **Preferencia interpretativa.** De existir varias interpretaciones posibles, **deberá elegirse** aquella donde se favorezca más el derecho fundamental y se restrinja menos su ejercicio.

Cada una de las funciones ocurren en momentos diferentes, aunque pareciera que son uno mismo, dado que al actuar como eje que estructura el sistema se encuentra constantemente presente en la ejecución de sus actividades jurídicas, pero los siguientes apartados tratarán explicar las diferentes categorías que puede ocupar el pro persona dependiendo de la función que ejerza dentro del sistema jurídico.

Ahora bien, es importante señalar que si bien un autor sumamente reconocido en el tema de principios y reglas es el autor Robert Alexy, sin embargo como se precisó en la introducción dicho autor si bien tiene una teoría bien desarrollada para distinguir principios y reglas esto lo hace en función a su grado de cumplimiento, lo que para este trabajo si bien resulta necesario no es suficiente, ya que además es ineludible utilizar el juego con el que se desempeñan dependiendo a si estos se encuentran o no positivados, si es o no obligatoria su observancia, si al ser introducidos dan o no estructura al sistema y no sólo hasta en qué medida pueden cumplirse.

A continuación, se procederá a analizar la categoría normativa a la que pertenece esta figura jurídica, según las perspectivas analizadas en capítulos anteriores, intentando dividir con ello por una parte la función que tiene cuando es un criterio orientador, cuando se convierte en obligatorio al ser positivado en un sistema jurídico y las dos vertientes de su comportamiento.

3.1 La función del pro persona desde la perspectiva de Genaro Carrió.

Para Genaro Carrió nos habla de siete focos de significación de la palabra principio jurídico, y nos da ocho posibles significados en relación a estos focos de significación, dicho análisis se estudió en el capítulo II, pero ahora haremos la correspondiente correlación del pro persona con dicha autor.

En la conjunción I+A del foco de significación de núcleo básico que agrupa rasgos importantes de un origen jurídico la función que guarda es la de estructuración del sistema jurídico, función que se encuentra el pro persona en su función a) como elemento que da estructura al sistema al indicar una de sus finalidades..

En la conjunción de II+B el foco de significación es el que se refiere a indicaciones generales al indicar generalizaciones ilustrativas, se concluye que dichas generalizaciones son propiedades tanto de los principios como de las reglas por lo que esta característica se da para las tres funciones posibles del pro persona.

En la conjunción de II+G y III+G que nos habla de juicios de valor que atienden a exigencias de justicia y moral positiva, si bien todo el sistema jurídico debe impregnarse de esta característica sustancial del sistema, es claro que ante un caso en específico, los principios posibilitan que la solución tenga una norma adecuada a dicha cualidad, y el pro persona en su cualidad de estructurar al sistema al darle una dimensión sustancial del mismo, de nueva cuenta vemos que esta categoría le pertenece al pro persona en la función señalada como a).

Cundo analizamos el foco de significación III+i, como una Fuente misteriosa generadora, es de observarse que los principios se tiene su creencia que son misteriosos por no tener de manera clara y precisa su actuar, ya que entre sus características destacan tener una mayor generalidad que las reglas. Por ello, no

se puede establecer su actuar predeterminadamente, así que el pro persona al actuar como principio función A, estaría actuando de esta manera.

Cuando actúa como una finalidad IV+C implicando así la *ratio legis*, es una característica que tienen tanto las reglas como los principios, porque las dos categorías normativas tienen una razón de existir y un porqué dentro del sistema, así que las tres funciones del pro persona encuadran en esta conjunción.

Como conjunción de V+J que habla de un inalterable punto de partida para el razonamiento entendido como un enigmática esencia de los conceptos, desde un punto de vista racional no se puede entender de primera instancia esto como una característica de las normas, porque como lo vimos en consideraciones previas, la localización de patrones nos muestran la esencia de los conceptos pero no como algo mágico, sino como algo racional basado en las relaciones y funciones de los conceptos y experiencias empíricas. Sin embargo, cuando se habla de los principios y se afirma que otorgan estructura a todo el sistema jurídico, se entiende que los conceptos jurídicos se ordenarán en torno a éstos. Por lo tanto, los principios se consideran parte esencial del concepto para así poder entender la conexión que guardan con el sistema jurídico. Entonces si hablamos de esta relación de estructurar el sistema veremos al pro persona dentro de la parte sustancial del mismo y por lo tanto como la función A.

Al hablar de una verdad ética incuestionable como contenido intrínsecamente justo, VI+D No es una característica propia de los principios, porque todo el sistema debe adecuarse a la parte sustancial, pero es claro que en ellos se evidencia con mayor claridad esta peculiaridad, y el principio de justicia siempre permea con mayor fuerza en todo el sistema, en este caso veremos el pro persona en su faceta A de nueva cuenta.

En el caso de la conjunción VI. E de verdad ética incuestionable entendido como requisitos que debe satisfacer un orden jurídico es una característica

necesaria de los principios, dado que estos estructuran el sistema, cada sistema jurídico determinará por cuales se conformará y el pro persona en su función a).

Al conjuntar el foco de significación de proverbio entendido como guías meramente exhortativas VII+F será una característica de los principios en su etapa de tópicos, mas no cuando ya son incorporados a la estructura de un sistema, recordemos que antes de ser obligatorios los principios son tópicos, y el pro persona antes de ser obligatorio por estructurar el sistema jurídico se puede entender como un tópico.

Al unir VII+H proverbio entendido como máximas de la tradición jurídica. Si se observa el sistema jurídico en su actuar como sistema cerrado, los principios trabajan como máximas de donde se deducen ciertos preceptos, sobre todo porque estructuran a todo el sistema jurídico, de nueva cuenta la función a) del pro persona se reflejaría aquí.

A continuación, se mostrará un cuadro que explica lo anterior expuesto.

Tabla 7 Focos de significación de los principios y el uso de la expresión principio de Genaro Carrió²⁷⁸

Focos de significación	I. Núcleo Básico	II. Indicaciones generales	III. Fuente generadora	IV. Finalidad	V. Inalterable punto de partida para el razonamiento	VI Verdad ética incuestionable	VII. Proverbio
(General al significado del significante)	a) Para agrupar rasgos importantes de un orden jurídico.	b) Generalizaciones ilustrativas.	i) Fuente misteriosa generadora.	c) <i>Ratio legis</i> .	j) Enigmática esencia de los conceptos jurídicos.	d) Contenido intrínsecamente justo.	f) Guías meramente exhortativas.
		g) Juicios de valor que atienden a exigencias de justicia y moral positiva.	g) Juicios de valor que atienden a exigencias de justicia y moral positiva.			e) Requisitos que debe satisfacer todo orden jurídico.	h) Máximas de la tradición jurídica.
Foco de significación con las funciones que realiza la expresión principio jurídico							
C O N C L U S O N E S	I + A	II + B	III + I	IV + C	V + J	VI + D	VII + F
	Característica necesaria. Los principios estructuran al sistema jurídico.	Característica necesaria pero no exclusiva. Todo principio o regla genera un patrón.	Característica necesaria pero no exclusiva. Al ser utilizados, los principios generan la directriz para el actuar de las normas, pero suele creerse que son misteriosos por no tener de manera clara y precisa su actuar, ya que entre sus características destacan tener una mayor generalidad que las reglas. Por ello, no se puede establecer su actuar predeterminadamente.	Característica necesaria, pero no exclusiva. Tanto la regla como el principio tienen una <i>ratio</i> .	Esta no es una característica de los principios o reglas. Sin embargo, cuando se habla de los principios y se afirma que otorgan estructura a todo el sistema jurídico, se entiende que los conceptos jurídicos se ordenarán en torno a éstos. Por lo tanto, los principios se consideran parte esencial del concepto.	No es una característica propia de los principios, porque todo el sistema debe adecuarse a la parte sustancial, pero es claro que en ellos se evidencia con mayor claridad esta peculiaridad, y el principio de justicia siempre permea con mayor fuerza en todo el sistema.	Será una característica de los principios en su etapa de tópicos, mas no cuando ya son incorporados a la estructura de un sistema.
		II. G	III. G			VI. E	VII. H
		Característica necesaria. Si bien todo el sistema jurídico debe impregnarse de esta característica sustancial del sistema, es claro que ante un caso en específico, los principios posibilitan que la solución tenga una norma adecuada a dicha cualidad.				Característica necesaria de los principios. Los principios estructuran el sistema. Dependerá de cada sistema jurídico determinar los principios que lo conforman.	Si se observa el sistema jurídico en su actuar como sistema cerrado, los principios trabajan como máximas de donde se deducen ciertos preceptos, sobre todo porque estructuran a todo el sistema jurídico.
	Función a	Función a		Función a, b y c		Función a	Función a

²⁷⁸ Creación propia/ Ver contenido del punto 3.1 Capítulo II.

3.2 Los principios para J. Esser

Joseph Esser nos indica que los principios son más generales que una regla dentro de un complejo problemático determinado y real, el enjuiciamiento teórico no influye sobre su eficacia real, dado que esta es independiente del texto legal, o importante es el resultado, es decir al volverse efectivo se vuelve revisable, y esto se expresa como el acto definitivo de incorporación e un principio dentro de un sistema.

Pareciera entonces que en la teoría de Esser existe posterior a dichas afirmaciones una contradicción, donde hace ya una separación de la incorporación como obligatorio y como orientador, pero esto no resulta contradictorio dado que el habla de eficacia, al ser que es eficaz siempre que se aplica sin importar si este es obligatorio o no, pero cuando no es vinculante se le reconoce el carácter de tópico, es decir como principios extra sistemáticos, donde su aplicación es por su valor objetivo y no lógico obligatorio, es decir su valor intrínseco y no así por la garantía que pasa a la obligatoriedad de su aplicación; además que ya es revisable dado que el patrón que de él se tiene puede ya identificarse, no quiere decir que con esto sean obligatorios, por lo que les llama tópicos, se observan, para Esser dentro de los sistemas problemáticos dentro de un sistema continental del common law. Aquí encontraríamos al pro persona antes de ser obligatorio y tener únicamente el carácter orientativo.

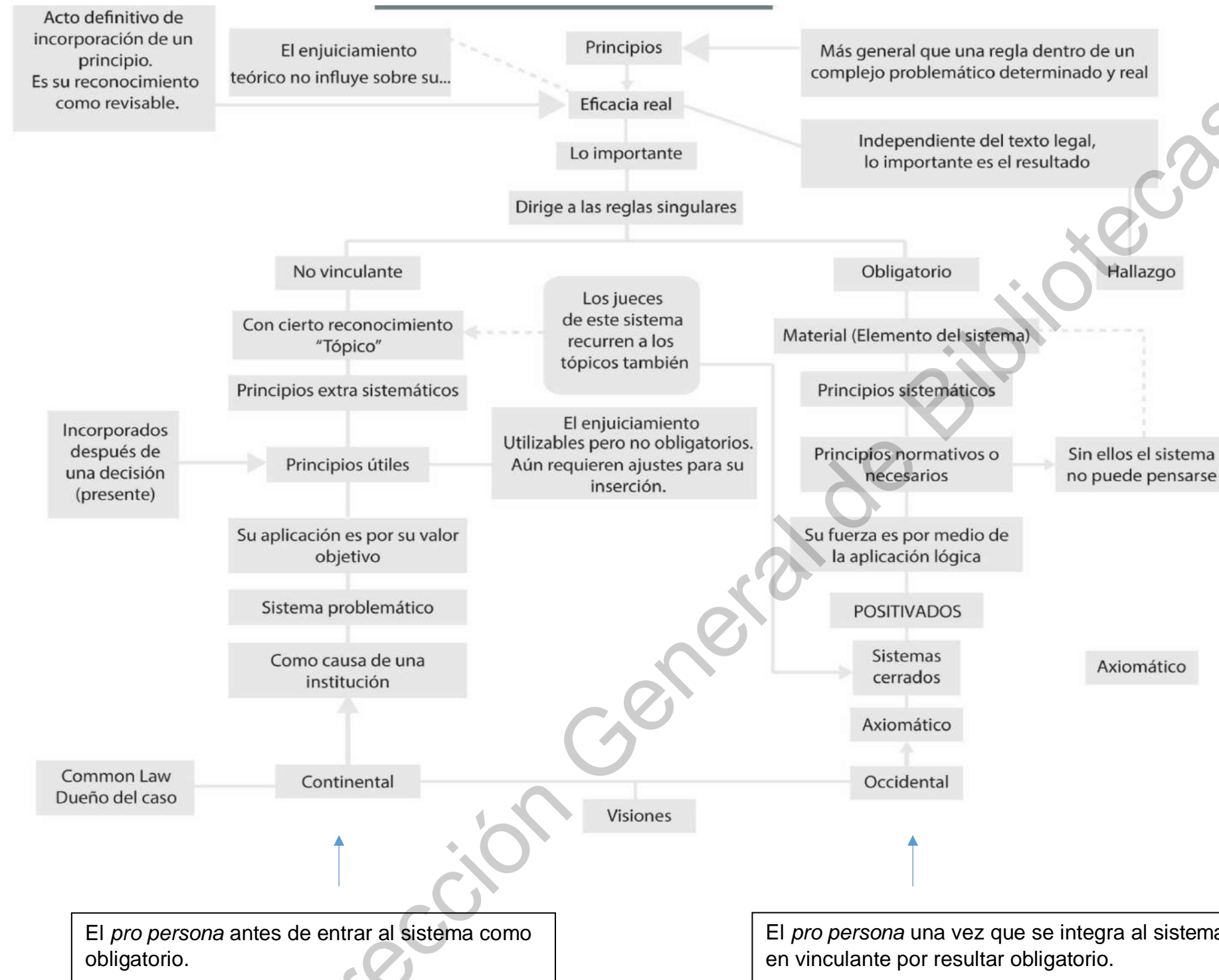
Ahora bien, cuando la figura además de ser revisable, es decir indicar si fue aplicable o no y si fue correcta o incorrectamente aplicado, ahora también resulta ser obligatoria su observada y con ello que una decisión judicial pueda convertirse en revocable en caso de su incumplimiento estaremos ante un principio sistemático, necesario o normativo, que sin ellos el sistema no puede pensarse, donde su fuerza se da por medio de una aplicación lógica, es decir han sido positivados. Esto es dentro de los sistemas cerrados, axiomáticos de corte occidental.

Al convertirse en principio sistemático, normativo o necesario por medio de su observancia obligatoria al ser positivado se convierte por una parte al estructurar el sistema jurídico en su función a) en un principio, pero además al dar pautas para la aplicación de la elección de disposiciones o de las interpretaciones posibles (normas), se convierte en una regla, al ser que su actuar es específico en un complejo problemático.

El siguiente cuadro resumen lo aquí expuesto.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

Esquema 8 Los principios para J. Esser



El sistema tiene fines que se expresan por medio de principios. Estos fines también estructuran el sistema.

El *pro persona* se vuelve uno de estos fines que estructuran al entrar al sistema jurídico.

Ver apartado 3.3 Capítulo II.
Cuadro de creación propia

3.3 Los tópicos jurídicos y el pro persona.

Como se vio en el capítulo I, los tópicos son lugares comunes, puntos de vista generalmente aceptados que otorgan fundamento al argumento. Los tópicos son lo que se considera adecuado y compartido y se basa en una aporía fundamental que es el aquí ahora, lo adecuado o justo aquí y ahora. Dado que actúa como fundamento del argumento actúa de manera incidental y explicativa, dado que demuestra que de determinados datos se pasa a la conclusión, y que dicho paso es aprobado y legítimo, por sí mismo válido.

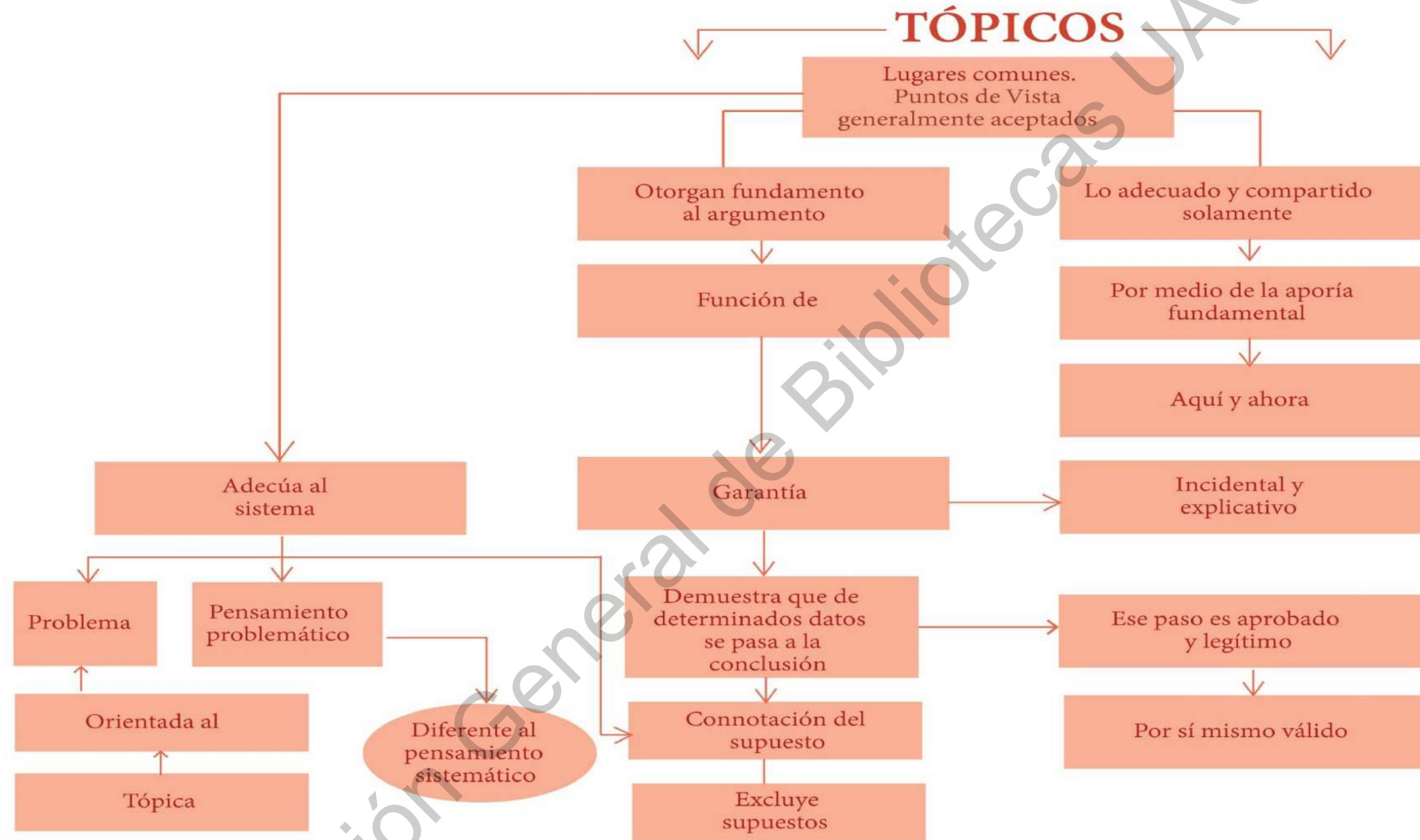
Los tópicos adecuan el sistema, ya que la tópica se orienta al problema, así que toman lo que está en el sistema para adecuarlo a las necesidades existentes aquí y ahora, para hacerlo adecuado en el aquí y ahora.

Como se puede observar, los tópicos son orientadores, si bien son revisables dado que su patrón es comprobable, estos no son obligatorios, al carecer de una fuerza vinculante por no ser positivados.

Encontramos que en este caso el pro persona antes de ser obligatorio su función para el sistema jurídico fue el de un tópico, donde era empleado por el operador jurídico para adecuar el sistema a las necesidades y dimensiones requeridas en el momento de su implementación, pero su observancia no era objeto de un análisis tal que resultara revocable una determinación por su falta de observancia, además que no se puede hablar de que en esta etapa estructure al sistema, dado que no se ha incorporado a la parte sustancial de dicho sistema.

A continuación lo aquí expuesto se esquematiza en el cuadro que se presenta.

Esquema 9 Los tópicos jurídicos y el pro persona.



Ver el contenido del Capítulo I
Cuadro de creación propia.

El *pro persona* antes de ser vinculante
(ingresar al sistema jurídico como
obligatorio) es un tópico

3.4 Reglas, principios y postulados, en relación con el pro persona.

Aquí se muestra la postura de Humberto Ávila, donde hace una distinción principalmente gradualista entre principios y reglas pero concluyendo que son tendientes más hacia un extremo o hacia el otro.

En ese orden de ideas para Avila las reglas son principalmente descriptivas y señalan las acciones por realizarse, analizan la correspondencia entre los acontecimientos por lo que son retrospectivas, indican una solución específica y analizan todos los aspectos relevantes.²⁷⁹

Los principios para Avila primordialmente establecen fines que dependen de la conducta necesaria para la concreción de un estado de cosas que debe de ser construido, por lo que son prospectivos, no dan soluciones específicas, y sólo analizan algunos aspectos relevantes.²⁸⁰

Ahora bien, los postulados son aquellos que relaciona el interactuar entre los principios y reglas, indican las pautas por los cuales deberán de relacionarse para su interacción.

Para Humberto Ávila, el pro persona entraría en la categoría de postulado, puesto que este actúa prohibiendo la restricción de un derecho fundamental cuando interactuara un principio y una regla, lo que consideramos incorrecto, dado que el pro persona indica la finalidad que debe concretarse es la de la protección más amplia del derecho fundamental en juego y su menor restricción a), entonces actuará como un principio y el señalar que es un postulado lo que está realizando es el de generalizar aún más las funciones de los principios, lo que haría imposible su identificación, serían tan generales que la concreción de los mismos pasarían a ser postulados, confundiendo así el objetivo con el resultado; es característica

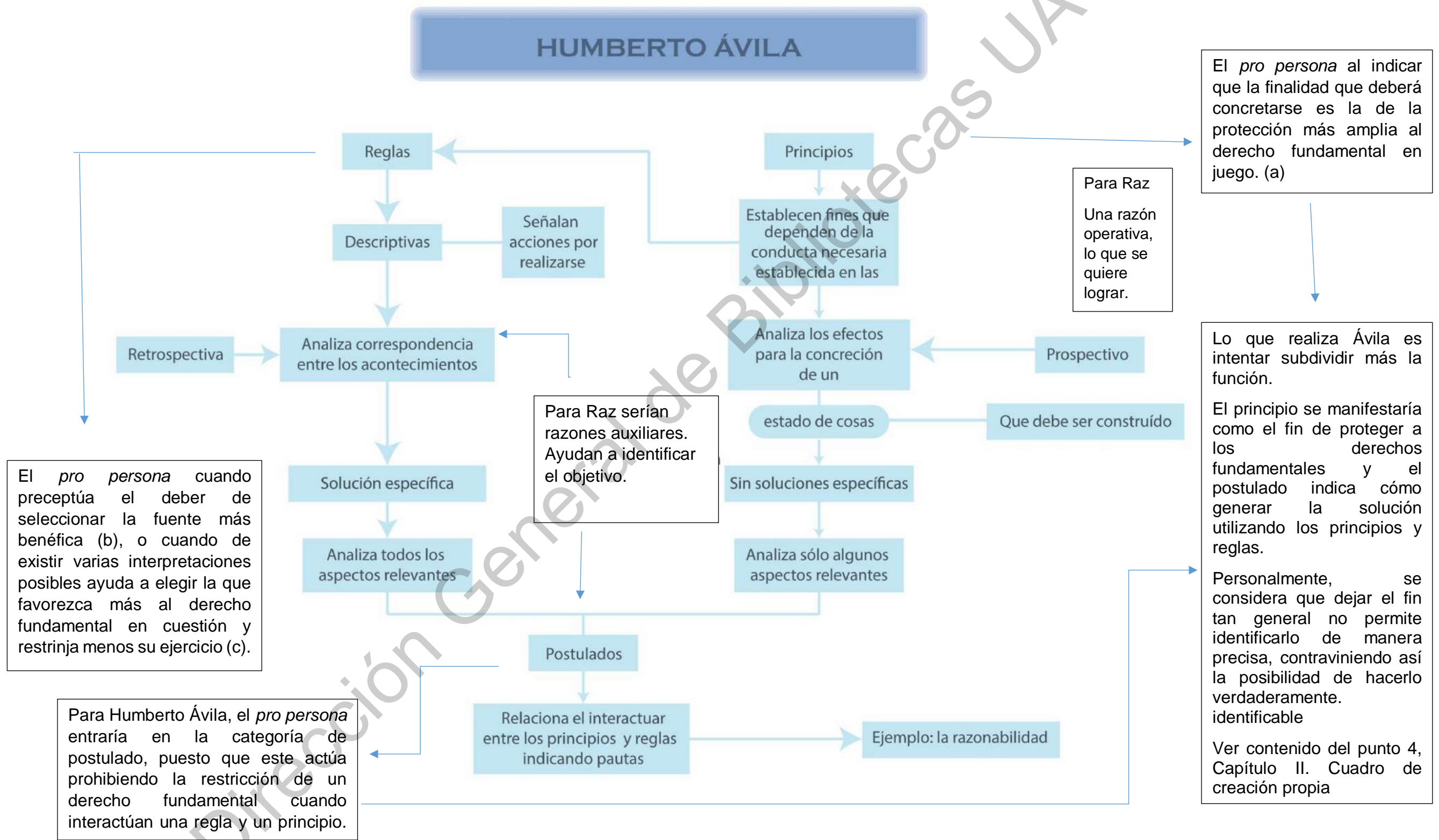
²⁷⁹ Para Raz serían razones auxiliares que ayudan a identificar el objetivo.

²⁸⁰ Para Raz serían razones operativas porque indican lo que se quiere lograr.

intrínseca de los principios que su ejecución quede abierta y será el propio principio quien de la directriz de su cumplimiento, pero ese cumplimiento es diverso, en dado caso se estaría tomando la función de regla del pro persona cuando preceptúa el deber de seleccionar la fuente más benéfica b), o cuando de existir varias interpretaciones se debe elegir la que favorezca más al derecho fundamental en cuestión y restrinja menos su ejercicio c), lo que resultaría entonces en una ambigüedad conceptual que no permite identificar las funciones, donde ahora sería confuso entender si es un principio, una regla o un postulado, cuando la clasificación de regla y postulado es suficiente y genera menos dificultades para distinguir conceptualmente las funciones dentro del sistema jurídico.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

Esquema 10 Reglas, principios y postulados.



3.5 Raz. Razones para la acción y el pro persona

Para Raz, las normas se clasificarán en torno a cómo ellas conducen a las acciones, estarán caracterizadas por su nivel de fuerza, la que es determinada por los hechos, tendremos que elegir una norma dependiendo de las razones en conflicto, la que supera a las demás es la más fuerte y será la que guiará la acción.

Hay diferentes tipos de razones, la razón completa es aquel sistema de premisas donde se implique a una razón por la que se debe actuar de un modo u otro; la razón atómica es la parte mínima de dicho sistema, y que si se omitiera de alguna razón atómica la razón dejaría de ser completa; la razón concluyente es aquella que supera a las razones existentes a menos de que se presente una razón absoluta y además no sea cancelada; la razón absoluta supera a las demás razones pero puede estar o no presente y aun siendo cancelada sigue siendo absoluta pero en ese caso no sería concluyente.

Las razones auxiliar o identificadora es lo que se debe hacer para lograr el objetivo, en este caso sería el actuar del pro persona al comportarse como una regla b) y c), mientras que la razón operativa es lo que se desea lograr, es el objetivo, es decir el pro persona en su faceta a), dado que nos indica la finalidad que queremos lograr.

También tenemos razones de primer y segundo orden. Como ya se había indicado la fuerza es determinada por los hechos en pugna, las razones de primer orden se organizan en un mismo plano, y la fuerza determina la solución cuando surge conflicto entre ellas, pero en caso de existir razones de segundo orden, estas últimas prevalecerán sobre las de un primer orden, ya que indican un motivo para activar o abstenerse de un acto. Las de segundo orden vencen a las de primer orden por un principio lógico y no por su fuerza. El pro persona actúa como razón de primer orden para la realización de un acto normativo, pero será una razón concluyente

cuando obligue a realizar un acto prescrito abonando otros motivos que pudieran resultar relevantes. Es decir, en este último caso en su actuar como regla b y c.

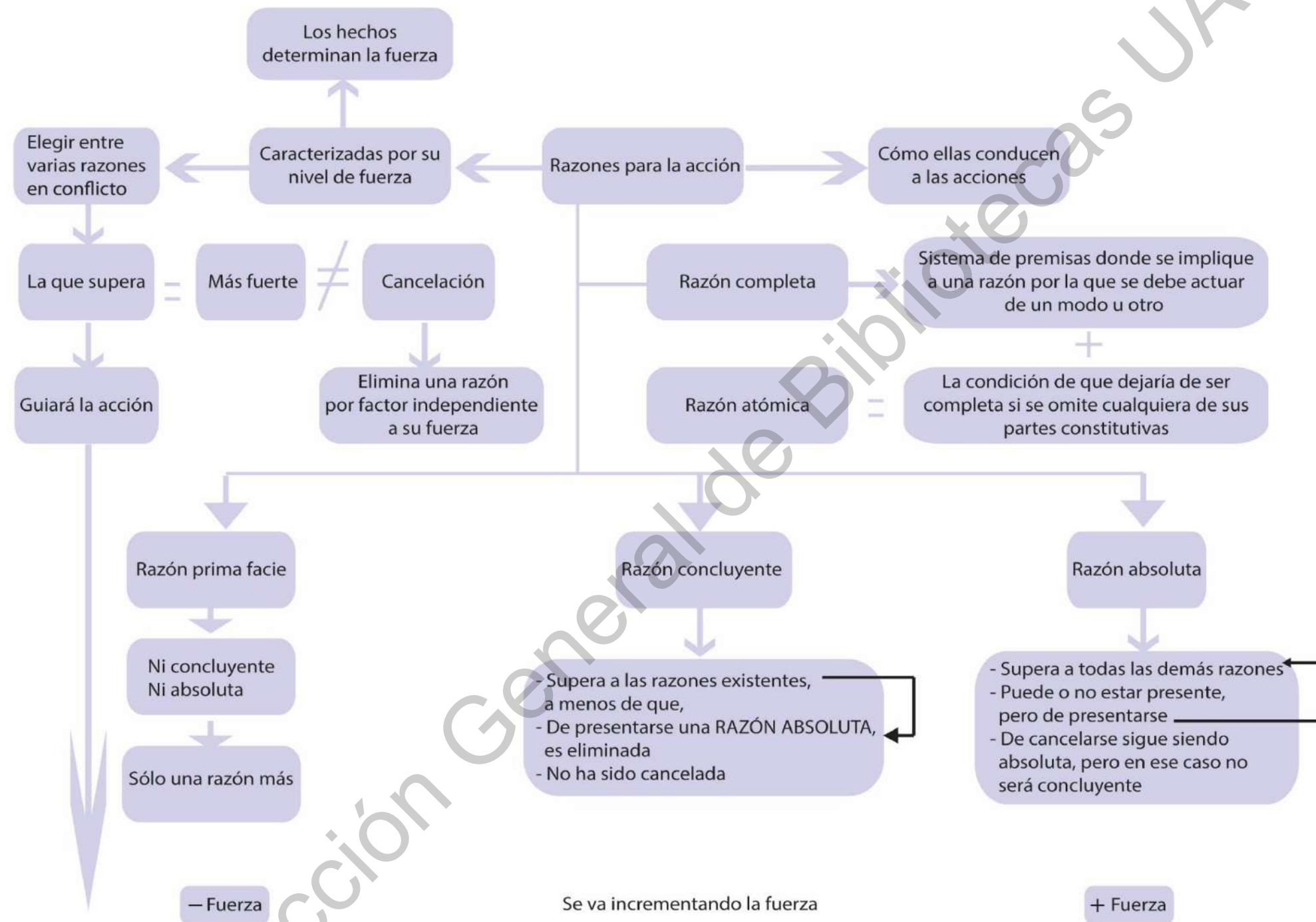
De igual manera, Raz habla de que el dividir principios y reglas no tiene la menor importancia filosófica, pero puede distinguir los principios cuando estos son más generales y precisan un valor (pro persona función a) y las reglas son más específicas (pro persona en actuar b y c).

Raz cuando habla de Reglas o devices nos dice que también son reglas para la acción que buscan optimizar el tiempo y minimizar el riesgo de error, deciden por adelantado que hacer partiendo del balance de razones previsibles, no resuelven de manera automática los casos prácticos, pero resulta ser decisivo por su carácter excluyente, obliga a abandonar otros motivos que pudieran resultar relevantes cuando se realiza el acto prescrito, así como devices el pro persona actúa como razón de primer orden para la realización de un acto normativo cuando se configura como (a). El pro persona actúa como razón de segundo orden cuando se configura como (b) y (c).

Ahora bien, conjuntando todo lo anterior las normas jurídicas pertenecen a un sistema jurídico institucionalizado, dado que las instituciones crean y amplían las normas, así tendremos entonces las normas jurídicas cuando se encuentren positivadas dentro de un sistema jurídico, ya que esto lo convertirá en razón excluyente, para no actuar conforme a otras razones, esto se puede mejor en el esquema Raz, normas jurídicas.

A continuación, todo lo expuesto se esquematizará en los siguientes cuadros todos de creación propia.

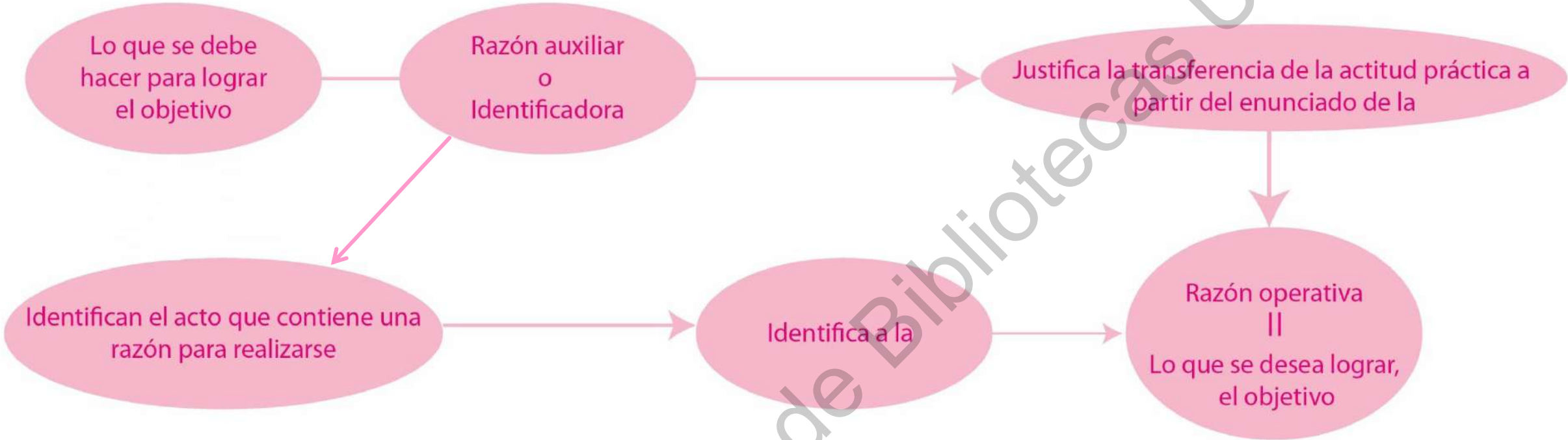
Esquema 11 Razones para la acción y el pro persona



Para cada caso concreto se deberá analizar el papel que juega, ya sea prima facie, concluyente o absoluta.

Ver el contenido del punto 5, Capítulo II. /Cuadro de elaboración propia

Esquema 12 Raz auxiliar y razón operativa



El pro persona actúa como razón auxiliar o identificadora cuando se comporta como (b) y (c).

El pro persona actúa como razón operativa cuando se comporta como (a).

Ver el contenido del punto 5, Capítulo II. /Cuadro de creación propia

Esquema 13 Razones de primer y segundo orden y el pro persona

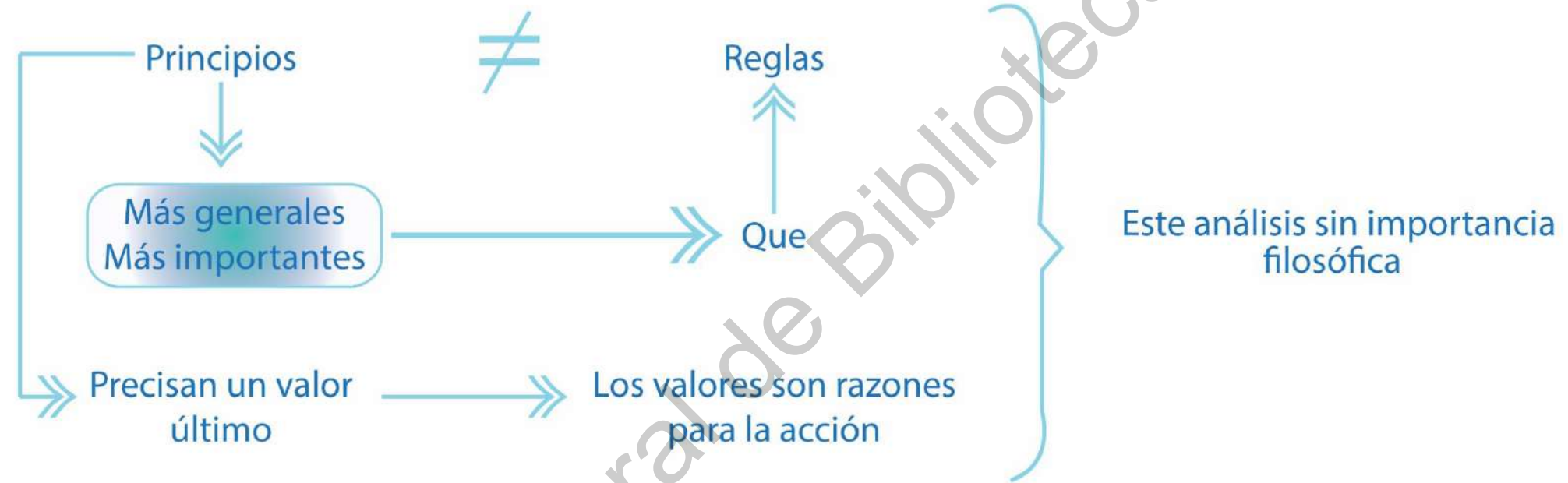


El pro persona actúa como razón de primer orden para la realización de un acto normativo.

El pro persona actúa como razón excluyente o de segundo orden, recursos o devices, obligando que al realizar el acto prescrito se abandonen otros motivos que pudieron resultar relevantes.

Ver el contenido del punto 5, Capítulo II. / Cuadro de creación propia.

Esquema 14 Raz. Principio y regla y el pro persona.

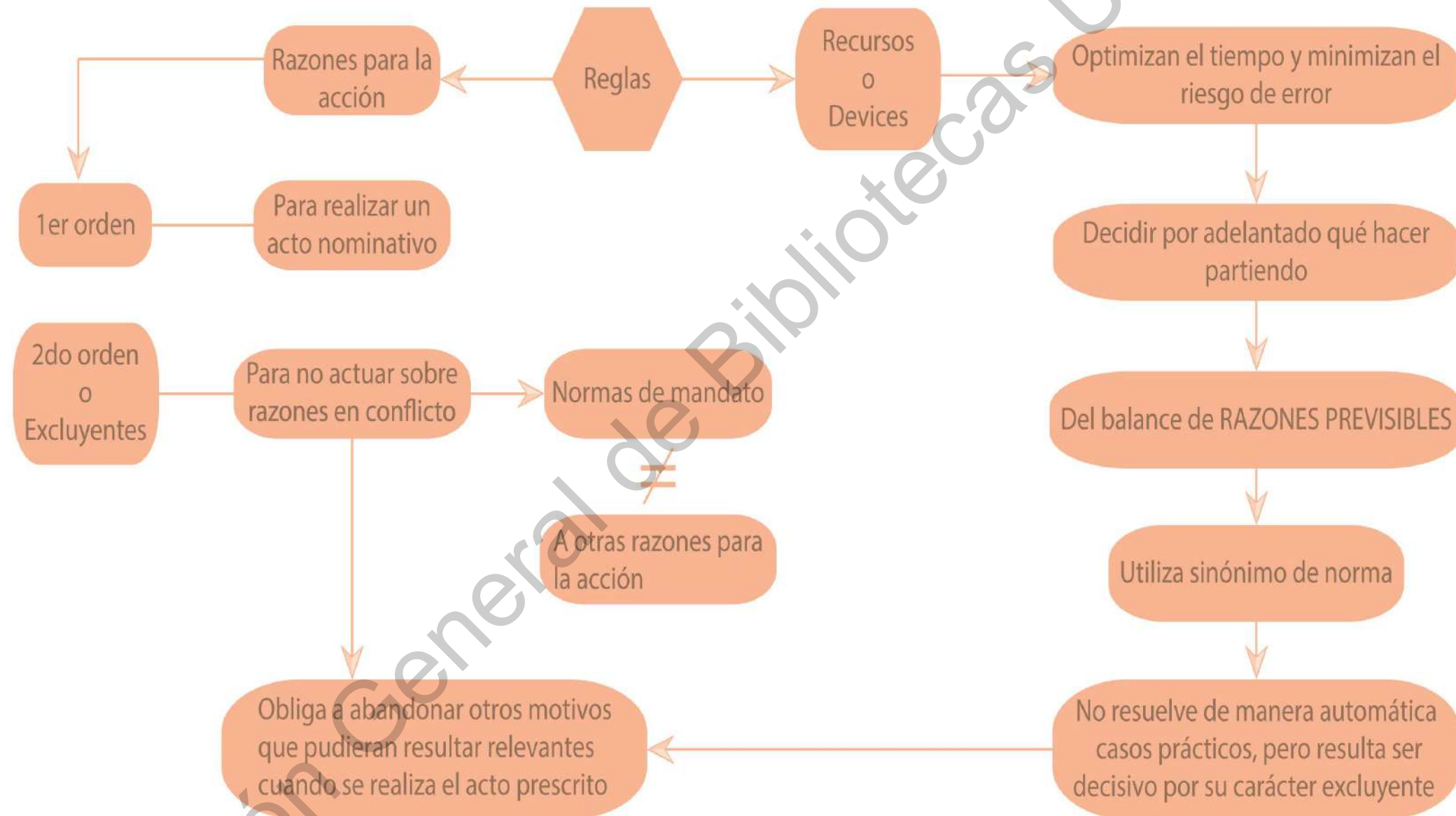


El pro persona al funcionar como (a) será un principio.

El pro persona al funcionar como (b) y (c) será una regla.

Ver el contenido del punto 5, Capítulo II./cuadro de creación propia.

Esquema 15 Raz, reglas o devices y el pro persona

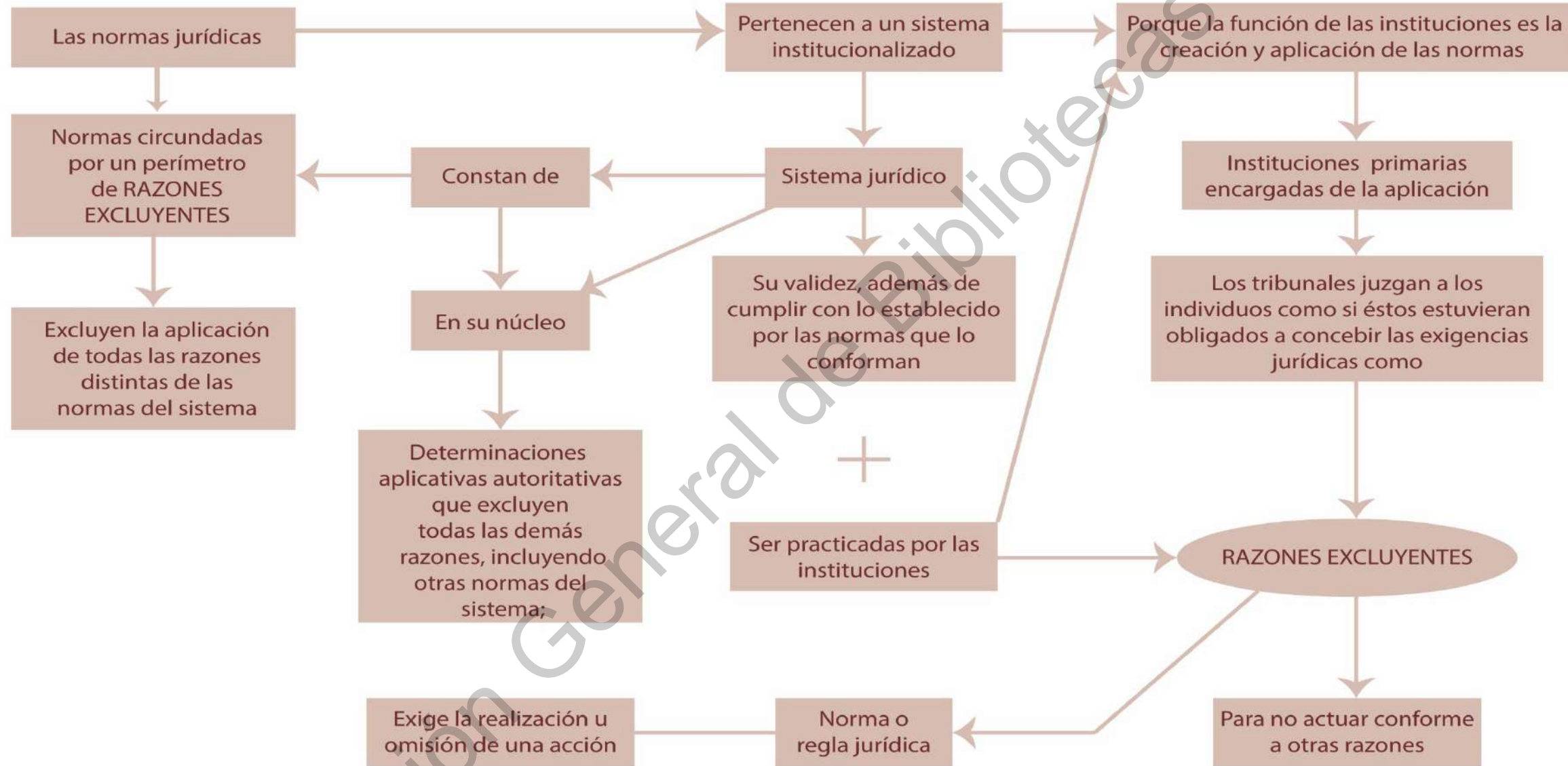


El *pro persona* actúa como razón de primer orden para la realización de un acto normativo cuando se configura como (a).

El *pro persona* actúa como razón de segundo orden cuando se configura como (b) y (c).

Ver el contenido del punto 5, Capítulo II. /Cuadro de creación propia

Esquema 16 Raz, normas jurídicas



Ver el contenido del punto 5, Capítulo II. /Cuadro de creación propia.

4. Función con la categoría normativa correspondiente dependiendo del autor confrontado

Tabla 8 Función con la categoría correspondiente dependiendo del autor confrontado²⁸¹

Disposición											
Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.											
FUNCIÓN EN EL SISTEMA	NORMA	Esser		Humberto Ávila			Raz				
		No Vinculante	Vinculante.	Principio	Regla	Postulado	Razón auxiliar	Razón operativa		1er Orden	2do Orden
	a) Elemento que estructura el sistema al describir una de las finalidades del mismo, por lo que obliga entonces a que la interpretación que de las disposiciones se realice cumpla con la finalidad de la protección más amplia al derecho fundamental en juego. (Refleja la parte sustancial del sistema jurídico)	Extra sistemático Tópico El <i>pro persona</i> antes de ingresar al sistema como obligatorio, era un recurso utilizado por los órganos jurisdiccionales. Es identificable al carecer de un carácter obligatorio y se considera un tópico al ser extrasistemático. En otros términos, aunque permitido por el sistema, está fuera de él.	Ingresa en el sistema jurídico como obligatorio. Ya se le puede dar el nombre de principio.	Establece fines que dependen de las conductas necesarias establecida en las reglas del sistema. Analiza con base en el estado de cosas que se quieren lograr. No indica una solución específica. Sólo analiza algunos aspectos relevantes.		Al aplicarse un principio y reglas, impide que se restrinjan derechos fundamentales.		Lo que se desea lograr, la finalidad por concretar.	Principio	Para realizar un acto normativo.	
	b) De existir varias fuentes donde un derecho fundamental esté reconocido, deberá elegirse aquella donde se le favorezca y sean menores las restricciones a los derechos fundamentales.		Ya se le puede dar el nombre de regla.		Descriptivo. Señala acciones por realizarse. Analiza correspondencia entre los acontecimientos descritos. Analiza todos los aspectos relevantes.		Identifican lo que se debe hacer para lograr el fin u objetivo		Regla		Razón excluyente, recursos o <i>devices</i> . Obliga que se abandonen los otros motivos que pudieron resultar relevantes al realizar el acto prescrito.
	c) De existir varias interpretaciones posibles, deberá elegirse aquella donde se favorezca más el derecho fundamental y se restrinja menos su ejercicio.										
	NORMA									Dependiendo del caso concreto serán prima facie, concluyente o absoluta.	

²⁸¹ Creación propia

A partir del estudio realizado, se puede afirmar que básicamente los puntos de partida son los mismos. A los principios se les distingue de las reglas de la siguiente manera:

Tabla 9 Distinción entre principios y reglas²⁸²

Principios	Reglas
Mayor generalidad que una regla. No se permite delimitar de una manera tajante su aplicación.	Su generalidad es para la aplicación de todos los casos concretos que tipifiquen, pero sólo para los indicados por la regla.
La generalidad no indica un actuar concreto.	Su generalidad trae como consecuencia la indicación de un actuar concreto.
El actuar que se busca lograr se ubica en una finalidad.	Actuar que busca cumplir con lo preceptuado en la regla. Busca un resultado específico, no general como una finalidad.
La finalidad que expresan estructura al sistema jurídico.	El resultado buscado debe cumplir con la estructura del sistema jurídico.
Al buscar una finalidad, el análisis que se realiza para su aplicación es prospectivo.	Al analizar si la conducta tipifica en lo preceptuado por la regla, se hace un análisis retrospectivo, para verificar que lo sucedido encuadra en la conducta descrita.
Al indicar sólo una finalidad para su aplicación, se toman en cuenta aspectos relevantes, pero no una tipificación concreta que deba satisfacerse para su aplicación.	Para analizar la aplicación de una regla, es necesario analizar todos los aspectos mencionados en la regla. Se debe justificar que se cumple con todos los extremos de ella, incluyendo la <i>ratio</i> de la misma.

La diferencia importante que hace pensar en una tercera posibilidad es en el caso, como indica Esser, de su obligatoriedad, o quizás, en el caso de Ávila, tratando de encontrar una mayor especialidad en la función.

Al hablar sobre los postulados, Ávila señala que éstos son los encargados de relacionar el actuar de los principios y las reglas, que son normas que se refieren

²⁸² Creación propia.

a otras normas que orientan su aplicación.²⁸³ Por ejemplo, el postulado de coherencia, que obliga a analizar la relación vertical y horizontal de las normas, para que “El contenido normativo de la norma más específica constituya precisamente una mejor especificación de la norma más general.”²⁸⁴

Es claro que de esta manera, Ávila pretende separar aún más la función ejercida en el sistema jurídico. Recuérdese sin embargo que las definiciones funcionales se caracterizan por señalar las singularidades inmediatas de los conceptos, evitando señalar atributos ya incluidos en las notas inmediatas, en este caso no es clara la división de la función tal que pareciera que señala características mediatas.

Por lo tanto, si se analiza con detenimiento la función a la que se pretende dar independencia conceptual, se halla que es en realidad una descripción de un atributo incluido en la función del principio, de tal manera que al estructurar al sistema esa función, se indica cómo debe actuar la aplicación de las normas incluidas en dicho principio. En resumen, se dan pautas para el uso de sus componentes, entre ellos, las normas.

Una importante distinción entre la función que cumplen los principios y reglas dentro del sistema, podría situarse en la perspectiva de Esser. Este pensador explica cuándo se puede hablar propiamente de que lo integran y cuándo se encuentran fuera de este, distinguiendo al primero por considerarse obligatorios, y al segundo, por encuadrarse en el concepto de tópicos, o sea, sólo como guías opcionales que, aún en tal condición, ejercen una fuerte injerencia para encontrar soluciones a casos específicos

Para Raz, el comportamiento del principio y de la regla se puede distinguir principalmente por medio de la razón operativa y la razón identificadora o auxiliar.

²⁸³ AVILA, Humberto, *Teoría de los Principios*, 10ª edición, Madrid-España, editorial Marcial Pons ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2011, pág. 111.

²⁸⁴ *Ibidem*. pág. 117.

En este sentido, el principio es la razón operativa, lo que se pretende lograr. Por ejemplo cuando se quiere lograr la protección más amplia del derecho fundamental a favor de una persona, se indica lo que se pretende alcanzar. Por su parte, las reglas son razones identificadoras, porque para lograr el objetivo se necesitan realizar ciertas acciones precisas incluidas en la descripción de la regla. El ejemplo es que ante dos posibles interpretaciones, se debe seleccionar aquella que conceda la protección más amplia al derecho fundamental. En otros términos, la regla está indicando qué debo hacer en concreto para lograr la finalidad del principio.

A lo anterior se puede añadir que el pro persona, antes de incorporarse al sistema jurídico como obligatorio, se comporta como un tópicos que indica pautas para la solución de problemas cuando el propio sistema no puede dar respuestas satisfactorias o cuando se necesita de una pequeña adecuación para actualizarse conforme a las exigencias que se generan en un momento preciso. Cuando actúa como un tópicos, permite pasar de una afirmación (D o datos) a la conclusión que se trata de establecer (C)²⁸⁵; es decir, actúa como garantía²⁸⁶ no para reforzar el argumento propuesto, sino para demostrar cómo a partir de determinados datos se pasa a una conclusión, y que ese paso es apropiado y legítimo: el paso de enunciados hipotéticos (generales) que actúan como puente al tipo de paso que el argumento en particular anunciado obliga a dar.²⁸⁷ Posteriormente, cuando un tópicos se considera como importante, se integra al sistema jurídico, y de ahí adquiere su carácter obligatorio.

En consecuencia, cuando un tópicos indica una finalidad genérica sin precisar la concreción de la protección más amplia de derechos fundamentales; actúa como un principio y como regla, cuando cumple con la función específica de prescribir acciones concretas, como es la de elegir la interpretación más benéfica,

²⁸⁵ TOULMIN, Stephen E., Los usos de la argumentación, Barcelona, España, Península, 2003, p.134.

²⁸⁶ *Ibidem.* pág. 135.

²⁸⁷ *Ibidem.* pág. 136.

o bien, la fuente que brinde la protección más amplia cuando existan dos fuentes de normas donde un derecho fundamental este protegido.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

CONCLUSIONES

A partir de todo lo abordado en el presente trabajo de investigación teórica, se puede concluir entonces que el pro persona ha tenido una evolución que se resume indicando que en su origen se comportó como un tópico, y posteriormente su función se tipifica en el actuar de los principios y reglas. Como un tópico cuando únicamente era un criterio orientador, que ayudaba a generar argumentos que se adecuaban al sistema y las necesidades que se presentaban, encontrándose fuera del sistema jurídico pero que resultaba ser una herramienta para armonizarlo. Después de presentar un uso repetitivo y al ser considerado racionalmente importante y valioso fue incluido en el sistema como obligatorio. El pro persona se introduce para actuar tanto como un principio (cuando estructura el sistema y busca una finalidad) o como regla (cuando dispone tomar un camino cerrado eligiendo de varias opciones aquella que sea acorde a la protección más amplia del derecho fundamental en juego), funciones que desempeña de forma separada, pero al desprenderse de una misma disposición genera confusiones dado que el momento interpretativo y su función será el que le otorgue categoría normativa.

A manera de reflexión final, dicha transición de tópico a principio o regla se da en tanto el derecho se tiene que alimentar de conceptualizaciones que le permitan cumplir con ciertas pretensiones o expectativas que se generan a partir de un sistema jurídico.

Como se explicó líneas supra, los sistemas nacen de pretensiones y expectativas de sujetos morales. Entre dichas expectativas hay conceptos ambiguos como la justicia. Es así que en tanto dichos conceptos se dotan de contenido, resulta necesario incorporar a los sistemas conceptualizaciones que permitan alcanzar esos fines.

El ejemplo claro pueden ser los derechos humanos, que no son más que una gramática de la dignidad humana llevada al discurso jurídico. De igual forma, el principio *pro persona* podría configurarse como una herramienta que permite alcanzar esas expectativas que se generan en un sistema jurídico, es decir, existe una transición de tópico a principio y/o regla, porque ya desde fuera de él cumplía con dicha finalidad, sólo que ahora se inserta para convertirlo en obligatorio y con ello una herramienta permanente no optativa.

La clasificación que se utiliza en el presente trabajo lo es uno que toma como punto de partida el sistema jurídico, para de ahí desprender el comportamiento de los tópicos, principios y reglas en vinculación con este, puesto que pretende ofrecer respuestas más claras, no es posible centrarlo en las estructuras lingüísticas de los enunciados mediante la cual dichos conceptos se plasman.

No se puede partir de analizar la disposición para intentar entender la norma porque se encuentran en momentos discursivos diferentes; en otros términos, no se pueden estudiar como si fueran iguales. Recuérdese que las normas son la interpretación de las disposiciones, y que éstas últimas se escriben de una manera dispositiva.

Por lo tanto, el intentar analizar desde un texto por medio de la estructura lingüística las diferencias entre las normas, no puede responder o solucionar lo que se debe ver desde el plano de lo ya interpretado.

El *pro persona* genera confusión al intentar entenderlo sólo mediante la disposición con la que se incorporó al sistema al faltar ese filtro interpretativo. Por lo tanto, para aclarar su categoría normativa, fue necesario analizarlo partiendo de la función de la norma, o sea, desde la disposición interpretada.

De esta manera, se concluye que el pro persona se comporta como un tópico cuando no se encuentra incorporado al sistema jurídico, y cuando se integra a este último, su función tipifica en el actuar de los principios y reglas, como ya se explicó.

Además de ello, a través de este trabajo se pudo analizar como el principio pro persona corre la misma suerte que otros conceptos, es decir, repite el camino que corren diversos que en principio son ajenos al discurso jurídico y luego se insertan en él.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ALLISON, Henry E., *El idealismo trascendental de Kant: Una interpretación y defensa*, Madrid-España, editorial Anthropos, 1992.
- ARISTÓTELES, *Tópicos I, Tratados de la Lógica*. Madrid, Gredos, 1982, <https://docs.google.com/file/d/0By4kcbi6MzzdcDN4eHJpTnlCRGs/edit>, consultado 10 de marzo de 2019.
- ATIENZA Manuel, *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, 5º edición, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, CD.MX.- México, 2017.
- AVILA, Humberto, *Teoría de los Principios*, 10ª edición, Madrid-España, editorial Marcial Pons ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2011.
- BOKELOH, A., *Der Beitrag der topik zur rechtsgewinnung*, Diss.; Göttingen, 1973.
- BORRELLY, Jean A, *Elementos del arte de pensar*, Madrid- España, editorial Aznar, 1797, sitio web: <https://play.google.com/books/reader?id=vMalHO9apm8C&printsec=frontcover&output=reader&hl=es%20&pg=GBS.PP5>, consultado el 10 de marzo de 2018.
- CARRIO Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5ª edición, Buenos Aires-Argentina, editorial Abeledo Perrot, 2006.
- CARRIO, Genaro R, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires-Argentina, editorial Abeledo Perrot, 1970.
- CHACÓN, P. “Sistema y problema. Anotaciones a la «interpretación» de Nicolai Hartmann sobre Kant”, en Logos: Anales del Seminario de Metafísica, España, volumen IX, número 9, 1974, págs. 155 – 176, consultado en: https://www.academia.edu/36049915/SISTEMA_Y_PROBLEMA_ANOTACIONES_A_LA_INTERPRETACION_DE_NICOLAI_HARTMANN SOBRE KANT , Consultado el 20 de marzo de 2018.
- DE SAUSSURE, Ferdinand, *Curso de lingüística general*, 24ª edición, Argentina – Buenos Aires, editorial Losada, 2002.
- EDUARDO J. R. LLUGDAR “La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como

fuentes y formas de protección de los Derechos Fundamentales”.
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf> consultado el 1 de junio de 2019.

- ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración del derecho privado*, Madrid-España, Bosh, 1961, p. 64, consultado en: <https://es.scribd.com/document/335422712/ESSER-Joseph-Principio-y-norma-en-la-elaboracion-jurisprudencial-del-derecho-privado-pdf>
- GARCÍA Fernández, Román, *La estromatología de Urbina: una arquitectónica tridimensional, presentación del libro estromatología. Teoría de los niveles fenomenológicos*, Madrid-España, editorial Eikasía, 2014, consultado en https://www.academia.edu/7650892/La_estromatolog%C3%Ada_de_Ricardo_S%C3%A1nchez_Ortiz_de_Urbina_Una_arquitect%C3%B3nica_tridimensional el 28 de noviembre de 2016
- GARCÍA, Juan Antonio, *Teorías de la Tópica Jurídica*, Universidad de Oviedo, Editorial Civitas, 1998.
- GARSSSEN, Bart y Van Eemeten FRANS H., *Argument schemes, crucial concepts in the argumentation theory*, Amsterdam-Holanda, editorial Amsterdam University Press, 2001.
- GUASTINI, Ricardo, *Disposición vs norma en disposición*, Lima-Perú, editorial Palestra editores, 2011.
- GUASTINI, Ricardo, *Interpretar argumentar*, Madrid-España, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- GUASTINI, Ricardo, *La sintaxis del derecho*, Editorial Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid España.
- HART, Herber, *El concepto de derecho*, Buenos Aires-Argentina, editorial Abeledo-Perrot, 1963.
- HART, Herber, Post sriptum al concepto del derecho, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, CD.MX.- México, 2000.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 14º edición, CD.MX.-México, editorial Porrúa, 2015.
- MARTÍNEZ, Felipe, *Releer a Kant*, España, editorial Anthropos, 1989.
- RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid- España, editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- TOULMIN, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, Barcelona, España, Península, 2003.

- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid-España, 2ª edición, editorial Thowson-Civitas, 2007.

REVISTAS

- ARNOLD C. Marcelo, “Introducción a los conceptos básicos de la teoría de sistemas”, en *Cinta de Moebio*, número 3, 1998, Universidad de Chile, Santiago de Chile, p. 2, consultado en: <http://www.redalyc.org/pdf/101/10100306.pdf>, consultado el 25 de abril de 2019.
- ATIENZA, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Argentina, Argentina, volumen XV, número 2, diciembre de 2014, p. 17, consultada en: <http://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/rati/article/view/93>, consultado el 2 de marzo de 2018.
- BERUMEN, Campos A., “Ponderación de principios y tónica jurídica”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, volumen XLVII, número 143, 2015, p. 537, sitio web: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2015.143.4939>, consultado el 6 de marzo de 2018.
- CABRERA, Isabel, “Conocimiento Necesario en Kant”, en *Diánoia: Revista de Filosofía*, México, volumen XLI, número 41, 1995, mayo de 1995, págs. 125-143 consultado en: <https://doi.org/10.22201/iifs.18704913e.1995.41>, día de consulta: 17 de abril de 2017.
- COFRÉ L., Juan Omar. “Lógica, tónica y retórica al servicio del derecho”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile.*, Chile, volumen XIII, número 1, 2002, p. 32, [consultado en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_issues&pid=0718-0950,Valdivia](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_issues&pid=0718-0950,Valdivia), consultado el 19 de marzo de 2018.
- CORTÉS, Gabaudán, F., “Formas y funciones del entimema en la oratoria ática”, en *Cuadernos de Filología Clásica: Estudios griegos e indoeuropeos*,

España, volumen IV, número 4, 1994, p. 207, consultado en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CFCG/article/view/32936>, consultado el 2 de marzo de 2018.

- FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho como sistema de garantías*”, en *Nóesis: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez*, México, volumen IX, número 18, enero- junio 1997, consultado en: <https://es.scribd.com/doc/116168051/noesis-18-FILOSOFIA-ANALITICA-Y-FILOSOFIA-DEL-DERECHO-EN-ITALIA>, consultado el 18 de marzo de 2018.
- GUASTINI Ricardo. “*Interpretación y construcción jurídica*”, en *Revista Isonomía ITAM*, México, volumen XXI, número 43, México, octubre de 2015, p. 14, consultada en: <http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia43/1.%20Guastini%20Iso%2043.pdf>, consultado el 12 de marzo de 2018.
- GUASTINNI, Ricardo, “*Proyecto para la voz “Ordenamiento jurídico” de un diccionario*”, en *Doxa. Filosofía del derecho, España*, volumen XX, número 27, 2004, p. 271.
- GUASTINNI, Ricardo, “*Interpretare, costruire, argomentare*”, en *Osservatorio sulle fonti, Tribunale di Firenze, Italia*, volumen XIX, número 2, julio- diciembre de 2015, págs. 24-25, consultado en: <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/813-osf-2-2015-quastini>, consultado el 8 de marzo de 2018.
- HABERMAS, Jürgen. “*¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?*”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, España, volumen XV, número 5, 1998, págs. 21-25, consultado en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.02>, consultado el 10 de marzo de 2018.
- JIMÉNEZ Cano, R. M., “*Los problemas abiertos de la regla de reconocimiento*”, en *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, España, volumen 10, número 10, julio-diciembre 2009, p. 88., consultado en <http://universitas.idhbc.es/n10/10-06.pdf>, consultado el 1 de octubre de 2016.

- MONTERO, Fernando, “La deducción de las categorías kantianas”, en *Teorema: Revista Internacional de Filosofía*, España, volumen VI, número 2, mayo-agosto de 1976, p. 271, consultada en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?condigo=2046501>, consultado el 13 de marzo de 2017.
- MORESO, Joseph-Joan, NAVARRO, Pablo E., y REDONDO, María C., “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, volumen IX, número 11, 1992, p. 259, consultada en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0c5k2>, consultada el 16 de marzo de 2018.
- OREJA, Fernando, “Aristóteles y la retórica”, en *Revista de Filosofía UCM*, España, volumen VIII, número 8, 1992, p. 404, consultado en: <http://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/viewFile/RESF9292220419A/11741>, consultado el 8 de marzo de 2018.
- SANTIAGO N., Carlos, “Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo”, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, volumen IX, número 13, 1993, págs. 261-264, consultado en: <https://doxa.ua.es/article/view/1993-n13-respuesta-a-ji-moreso-pe-navarro-y-mc-redondo>, consultado el 12 de marzo de 2018.
- VANZO, Alberto, “Kant on the nominal definition of truth”, en *Kant- Studien, Alemania*, volumen CI, número 2, junio de 2010, p.148, consultado en: <https://doi.org/10.1515/Kant.2010.011>, consultado: 05 de abril de 2017.
- WHITE, Beck Lewis, “La teoría kantiana de la definición”, en *Eidos: Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, traductor Daniel Perrone, Estados Unidos, volumen X, número 18, enero- junio de 2013, p. 184, consultado en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572013000100008, consultado el 11 de abril de 2017.
- ZANATTA, Marcelo, “Dialéctica y Ciencia en Aristóteles”, en *Anuario de Filosofía*, Madrid- España, volumen XXXV, número 73, 2002, p. 28,

consultado en <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/799/5/1.%20DIAL%20C3%89CTICA%20Y%20CIENCIA%20EN%20ARIST%20C3%93TELES%20%20MARCELLO%20ZANATTA.pdf>, consultado el 6 de septiembre de 2018.

RED INTERNACIONAL (INTERNET)

- BITONTE, Maria E. y Teresita, MATIENZO. “*Los fundamentos de la argumentación: Topos, garantías y pre-construidos culturales*”, (Documento web) 2001. <http://semiotica2a.sociales.uba.ar/publicaciones/pubbitonte/>, consultado el 2 de marzo de 2018.
- GARCÍA Higuera, Rubén. “*La regla de reconocimiento de H.L.A. Hart*” (Documento web) 2010. <http://hdl.handle.net/10016/9824> consultado el 4 de octubre de 2016.
- MONTIL, Luis. “*El idealismo trascendental de Kant*”, (Documento web) 1992. <https://www.ies-macatalan.com/departamentos/filosofia/temas-montil/8-Kant.pdf>, consultado el 13 de marzo de 2017.
- Rodolfo E. Piza Escalante, voto particular en la Opinión Consultiva oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12040.pdf>. el día 06 de junio de 2017.
- Rodolfo E. Piza Escalante, voto particular en la Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie A, núm. 7, Consultable en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf consultado el 8 de junio de 2019 (Énfasis en subrayado y negritas es del tesista).
- GARCIA, R. Sergio, voto razonado concurrente en la sentencia de fondo del caso **Bámaca Velásquez** http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_91_esp.pdf, consultado el día 1 de junio de 2019.

- CORTE, Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 79.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
Consultado el 1 de junio de 2019
- FERRER, E. Mac-Gregor Poisot Voto Razonado En Relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cabrera García Y Montiel Flores Vs. México, De 26 De Noviembre De 2010
Consutado En
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_ferrer_220_esp.doc
consultado el 01 de junio de 2019.
- CORTE, Interamericana de derechos humanos, Caso Velez Loo vs Panamá, sentencia del 23 de noviembre del 2010, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), consultado en [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8140.pdf?view= 1](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8140.pdf?view=1) el 01 de junio de 2019.