



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO
FACULTAD DE DERECHO



**“ARGUMENTACIÓN EN LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO
MEDIANTE PRINCIPIOS JURÍDICOS”**

TESIS
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO
PRESENTA

EMANUEL HERNÁNDEZ VEGA

QUERÉTARO, QRO., OCTUBRE DE 2015

La presente obra está bajo la licencia:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>



CC BY-NC-ND 4.0 DEED

Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

Usted es libre de:

Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

Bajo los siguientes términos:



Atribución — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.



NoComercial — Usted no puede hacer uso del material con [propósitos comerciales](#).



SinDerivadas — Si [remezcla, transforma o crea a partir](#) del material, no podrá distribuir el material modificado.

No hay restricciones adicionales — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas](#) que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia.

Avisos:

No tiene que cumplir con la licencia para elementos del material en el dominio público o cuando su uso esté permitido por una [excepción o limitación](#) aplicable.

No se dan garantías. La licencia podría no darle todos los permisos que necesita para el uso que tenga previsto. Por ejemplo, otros derechos como [publicidad, privacidad, o derechos morales](#) pueden limitar la forma en que utilice el material.



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho

**"ARGUMENTACIÓN EN LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO MEDIANTE
PRINCIPIOS JURÍDICOS"**

TESIS

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de
Maestro en Derecho

Presenta:

Emanuel Hernández Vega

Dirigida por:

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez

SINODALES

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Presidente

Mtro. Jesús Zúñiga González
Secretario

Dr. Exaú Conrado Piña Tasabia
Vocal

Mtro. Luis Silviano Cajiga Morales
Suplente

Dr. Luis Eusebio Alberto Avendaño González
Suplente

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Director de la Facultad

Firma
Firma
Firma
Firma
Firma
Firma

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

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Octubre de 2015



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho

“ARGUMENTACIÓN EN LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO MEDIANTE PRINCIPIOS JURÍDICOS”

TESIS

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de
Maestro en Derecho

Presenta:

Emanuel Hernández Vega

Dirigida por:

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez

SINODALES

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Presidente

Firma

Mtro. Jesús Zúñiga González
Secretario

Firma

Dr. Exaú Conrado Piña Tasabia
Vocal

Firma

Mtro. Luis Silviano Cajiga Morales
Suplente

Firma

Dr. Luis Eusebio Alberto Avendaño González
Suplente

Firma

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Director de la Facultad

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

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Octubre de 2015

RESUMEN

El trabajo que se presenta tiene como finalidad, partiendo de la premisa que los principios generales del Derecho ocupan el lugar preponderante en la solución de lagunas normativas, evidenciar la forma correcta de argumentar, particularmente en la argumentación judicial, a partir de principios jurídicos. Para ello, ha sido elaborada una investigación a partir del análisis de la teoría jurídica, mostrando la evolución que ha tenido el reconocimiento y aplicación de los principios, desde las teorías clásicas hasta la teoría contemporánea que centra su estudio en la labor de los jueces. En este sentido, la investigación teórica fue dividida en tres temas, la argumentación jurídica, los principios generales del derecho y los casos difíciles; temas que concuerdan específicamente con el tema y problema objeto de la investigación. Diversos autores han desarrollado el tema de la argumentación jurídica, tales como Manuel Atienza, Robert Alexi y Ronald Dworkin; otros han desarrollado el tema de los principios generales del Derecho y otros más han disertado sobre el concepto de lagunas jurídicas; pero relativamente poco ha sido debatido el uso correcto de los principios jurídicos en la argumentación judicial. Asimismo, el mayor espacio de discusión sobre el uso de los principios es en el apartado del Derecho Constitucional, y por ende, en los tribunales de constitucionalidad, por lo que pretende promover un mayor y mejor uso de los principios incluso en los tribunales de legalidad, por ello es que el último capítulo del presente trabajo de investigación ha sido dedicado al análisis de un caso real ante juzgadores ordinarios (no constitucionales).

(Palabras clave: argumentación, principios, laguna)

ÍNDICE CAPITULAR

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.	3
1.1. Razonamiento.	3
1.1.1. Lógica formal.	4
1.1.2. De la poética y la retórica a la argumentación.	7
1.2. Teoría del Derecho.	9
1.2.1. Positivismo jurídico.	11
1.2.2. Derecho Natural.	19
1.2.3. Realismo jurídico.	22
1.2.4. Tridimensionalismo jurídico.	25
1.2.5. Escuela del Derecho Libre.	25
1.2.6. Teoría Crítica del Derecho (neomarxista).	27
1.2.7. Neoconstitucionalismo.	27
1.2.8. Luigi Ferrajoli.	29
1.2.9. Hacia una nueva concepción del Derecho.	31
1.3. Teoría de la interpretación jurídica.	36
1.4. Teoría de la Argumentación Jurídica.	39
1.4.1. Tópica y Nueva Retórica.	41
1.4.2. Ronald Dworkin.	45
1.4.3. Aleksander Pchenik.	47
1.4.4. Jürgen Habermas.	47
1.4.5. Neil MacCormick.	47
1.4.6. Robert Alexi.	48
1.4.7. Manuel Atienza.	50
1.5. El argumento y sus formas.	53
1.6. Falacias.	67
1.7. Reglas en la argumentación jurídica.	72
1.8. Argumentación judicial.	83

1.9. Error judicial.	91
CAPÍTULO SEGUNDO. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.	95
2.1. Antecedentes.	95
2.2. Reglas y principios.	96
2.3. ¿Dónde están los principios jurídicos?	101
2.4. Clasificación.	102
2.5. ¿Cuáles y cuántos son los principios generales del Derecho?.....	103
2.5.1. Derechos humanos.	103
2.5.2. Justicia.	104
2.5.3. Equidad.	108
2.5.4. Igualdad.	109
2.5.5. Libertad.	111
2.5.6. Seguridad jurídica.	112
2.5.7. Aforismos.	113
2.6. ¿Existe alguna jerarquía?.....	122
2.7. Funciones de los principios jurídicos.	124
2.8. Ponderación de principios jurídicos.	125
2.9. Aplicación de los derechos humanos en México.	129
CAPÍTULO TERCERO: CASOS DIFÍCILES.	137
3.1. ¿Plenitud del ordenamiento jurídico?	137
3.2. Integración del Derecho.	139
3.3. Casos difíciles.	140
3.4. Solución a casos difíciles.	141
CAPÍTULO CUARTO: ANÁLISIS DE CASO.	150
CONCLUSIONES.....	160
BIBLIOGRAFÍA.....	169

INTRODUCCIÓN

El Estado tiene la ineludible obligación de impartir justicia a los gobernados que acuden ante las instituciones encargadas de dicha labor; obligación que debe cumplir aun cuando en las normas jurídicas escritas o en los precedentes judiciales no esté prevista la solución al caso planteado. Estos casos son poco frecuentes en la práctica, pero cuando aparecen, representan un problema para el Derecho. De ahí la importancia que representa analizar cómo debe ser resuelto un caso de esta naturaleza, qué elementos jurídicos debe utilizar el aplicador del Derecho y cómo emplearlos.

Una primera aproximación a la solución es mediante la aplicación de los principios generales del Derecho, fuente que es plenamente reconocida en los sistemas jurídicos contemporáneos, además de las leyes y la jurisprudencia; sin embargo, el juez debe enfrentar ahora un segundo problema: ¿cómo emplear los principios jurídicos y al mismo tiempo hacer que su sentencia sea clara, debidamente fundamentada y ajustada al sistema jurídico aplicable?

Por ejemplo, si el juez reconoce que un cierto caso no tiene solución en las normas jurídicas aplicables o en los precedentes judiciales y entonces afirma que el problema debe ser resuelto mediante un principio jurídico pero no dice por qué, entonces su motivación no es clara o incluso nula. En otro caso, la sentencia sería contraria al sistema normativo si en este estuviera prohibido el uso de los principios o de un principio jurídico determinado y el juzgador aun así lo utilizara para resolver.

Las dificultades con el uso de los principios generales del Derecho para administrar justicia es que no existe una lista definida de principios jurídicos, tampoco está expresamente establecido cuáles tienen preeminencia sobre otros ni qué principio elegir para cada caso. Finalmente, aun determinando qué

principio debe servir para solucionar un caso específico, ¿podemos construir la solución para el caso específico a partir del principio elegido?

Es preciso entonces que los juristas, y particularmente los impartidores de justicia, conozcan la forma en la que pueden ser empleados los principios jurídicos, con la finalidad de establecer con claridad y congruencia las razones y fundamentos que sustenten adecuadamente su decisión cuando deben emplear tales principios, pues esto garantiza que el gobernado pueda conocer porqué se le ha juzgado en determinado sentido y al mismo tiempo esté en aptitud de combatir la determinación.

CAPÍTULO PRIMERO: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En el presente capítulo, se pretende hacer evidente la evolución del pensamiento filosófico y jurídico relacionado con lo que hoy puede denominarse argumentación jurídica. Por ende, es conveniente mostrar tal evolución en el propio orden en que sucedieron las ideas en la historia, pero sin romper el enlace natural que existe entre distintos pensadores o corrientes filosóficas o jurídicas. Paralelamente, se ha considerado necesario indagar sobre los elementos teóricos y técnicos que están en juego en la argumentación jurídica.

1.10. Razonamiento

El ser humano ha sido dotado de raciocinio, entendido como la facultad de pensar, con la cual ha sido capaz de reflexionar sobre sus diferentes circunstancias e incluso sobre sí mismo. Con esta capacidad ha podido comunicarse con sus semejantes de un modo efectivo en forma verbal a través del lenguaje. De hecho, esto es parte de lo que diferencia a la especie humana del resto de los seres vivos. En esta medida, a través del lenguaje es como ha podido no solo comunicar necesidades, intereses, preferencias o gustos, sino también, diferencias. Para ello, ejerce su capacidad mental de argumentar, esto es, genera argumentos. Cuando lo que decimos lo sustentamos en argumentos podemos afirmar que lo dicho es racional.

A lo largo de la historia, el ser humano sin duda se ha esforzado continuamente para ofrecer razones en torno a sus ideas, sin embargo, los primeros registros que tenemos de ello son escritos o fragmentos de estos que han trascendido hasta nuestros días. De ellos, se ha advertido que inicialmente, el ser humano atribuía el valor de lo que se afirmaba, a los dioses, esto es, decir que algo debe ser aceptado porque así lo dictaron los dioses, no porque tuvieran una razón intrínseca para ser aceptado.

Thales de Mileto, nacido aproximadamente en el 625 a.C., es considerado el primer filósofo griego debido a que su discurso, libre de ingredientes mitológicos, fue el primero en incorporar explicaciones basadas en la razón.¹

Más adelante, Aristóteles de Estagira, hijo de Nicómaco, nacido el 384 a.C., abordó en los Segundos Analíticos la descripción de la elaboración de la ciencia. Afirma que para los griegos el conocimiento científico es una progresión que va de la observación de los hechos -en realidad cúmulo de hechos observados repetidamente- a los principios generales -generalización empírica y sistematización de las clases de cosas hasta arribar a los primeros principios y de ahí establecer los diversos géneros y especies para una ciencia determinada- y luego de estos regresa a los hechos en la deducción -la cual solo es posible cuando has sido descubiertos los principios fundamentales y establecidos mediante proposiciones-. Rolando Tamayo asegura que el plan arquitectónico de la racionalidad está inscrito en los Segundos Analíticos, paradigma de la racionalidad.

1.10.1. Lógica formal

Tradicionalmente ha sido relacionada la lógica con el intelecto, con la estructura del pensamiento y de las ideas. Estudiar lógica significa investigar el modo correcto de razonar.² Su utilidad deriva en que podamos saber si un enunciado jurídico es correcto, verdadero o falso, por medio de su estructura.

¹ Rolando Tamayo y Salmorán, *Razonamiento y Argumentación Jurídica, El paradigma de la racionalidad y la ciencia del Derecho*, 2ª ed., México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 28.

² Anónimo, *La Biblia*, Versión Reina-Valera 1960, Biblia de Estudio de Apologética, Nashville, Tennessee, E.U.A, Ed. Holman, 2011, p. 880.

Los tipos de razonamiento formal más conocidos son el inductivo y el deductivo. En el inductivo se parte de un antecedente particular para obtener un consiguiente más general (dirección ascendente) y en el deductivo se parte de un antecedente general para obtener un nuevo juicio particular (dirección descendente).

El silogismo representa el esquema formal del razonamiento deductivo. “El silogismo es una enunciación, en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones [premisas], se concluye necesariamente en otra proposición diferente [conclusión], solo por el hecho de haber sido aquéllas sentadas.”³

Para que los silogismos sean correctos es indispensable que operen bajo las siguientes reglas:

- Todos los silogismos tienen al menos tres premisas y tres términos.
- Para que el silogismo sea válido, las premisas tienen que ser verdaderas.
- El término medio nunca pasa a la conclusión.
- De dos premisas particulares no se sigue nada (por eso es que Aristóteles señaló que si uno de los términos no es universal, no habrá silogismo).
- De dos premisas negativas no se sigue nada.
- De dos premisas afirmativas no se puede inferir una conclusión negativa.
- Ningún término debe tener mayor extensión en la conclusión que en las premisas.
- El término medio debe ser por lo menos una vez universal [premisa mayor].⁴

³ Aristóteles, *Tratados de Lógica (El Organón)*, México, Ed. Porrúa, colección Sepan Cuántos, núm. 124, 2004, p. 94.

⁴ Juan Abelardo Hernández Franco, *Argumentación Jurídica*, México, Ed. Oxford, 2010, pp. 68-69.

El silogismo hipotético se presenta de dos modos posibles: el *modus ponens* (modo de poner) y el *modus tollens* (modo de quitar). El primero presenta dos premisas afirmativas y una conclusión necesariamente afirmativa. El segundo presenta una premisa mayor afirmativa, una premisa menor negativa y concluye en forma negativa. La forma del silogismo hipotético es: Si p entonces q ; si q entonces r ; luego, p es r .

Por otra parte, la forma del silogismo disyuntivo es: p o q ; no p ; entonces q .

Y la forma del silogismo conjuntivo: p y q ; no p ; entonces no q .

El silogismo jurídico es de tipo hipotético *modus ponens*, su premisa mayor está constituida por una norma general, abstracta, impersonal y obligatoria, seleccionada de las fuentes formales del Derecho y perteneciente a un determinado sistema jurídico; su premisa menor es un hecho jurídico determinado previamente comprobado y calificado por el juzgador; y su conclusión es una proposición que tiene el carácter de juicio normativo individualizado.⁵

En el Derecho es necesario el uso de la lógica para construir argumentos; el problema es que no es suficiente para dar solución a todos los problemas de relevancia para el Derecho. La lógica es incapaz de proveer la solución cuando no podemos obtener una regla universal de alguna de las fuentes formales del Derecho o cuando la regla universal no establece consecuencias específicas para el caso particular.

La lógica formal se mueve en el terreno de la necesidad puesto que en los razonamientos lógicos el paso de las premisas a la conclusión es necesario (si

⁵ Jaime Manuel Marroquín Zaleta, *Técnica para la Elaboración de una Sentencia de Amparo Directo*, México, Ed. Porrúa, 2010, p. 96.

las premisas son verdaderas, entonces necesariamente también lo será la conclusión), pero la argumentación en general puede moverse en el terreno de lo simplemente plausible o razonable.⁶

Entonces, si bien resulta de gran utilidad la lógica en el Derecho para garantizar la corrección de las conclusiones alcanzadas, para efecto del presente trabajo, la lógica resulta insuficiente por sí misma para dar solución al problema en estudio.

1.10.2. De la poética y la retórica a la argumentación

El concepto aristotélico de poesía indica la creación artística en general, la imitación de la realidad mediante impresión no solo de las cosas que fueron, esto es, los originales, sino también de aquellas cosas que debieran ser.

Aristóteles expone que la poesía es obra del ingenio o del entusiasmo, pero además señala ciertos elementos que debe poseer: extensión determinada que permita a la memoria retenerla fácilmente; orden específico de la forma, no como sucedieron las cosas, sino como deben o pudieran haber sucedido; congruencia, para poner ante los ojos lo más vivamente que se pueda una realidad tal como si se hallase presente ante los propios sucesos; pasión, con la finalidad de transmitir los sentimientos a quienes se habla, tal es la mejor manera de persuadir; y corrección en el modo de decir las cosas (gestos de la pronunciación).

La poesía resalta la belleza del lenguaje, como medio de transmisión de sucesos, historias, sentimientos, ideas, entre otros, con la finalidad de convencer o incluso de hacer vivir en la imaginación lo que se transmite. Por ello es que la poesía es un medio eficaz para la persuasión si se sabe emplear.

⁶ Manuel Atienza, *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, Op. Cit., p. 48.

No obstante, para los efectos del presente trabajo, la poética tampoco resulta de gran utilidad, ya que nos encontramos en la necesidad de encontrar solución a los casos en los que el Derecho no reporta una solución clara para un problema jurídico, en cuyo caso la belleza de las palabras o de la estructura empleada no es lo más importante, sino la razón de la solución aportada.

Por su parte, la retórica, encargada de las técnicas de utilización del lenguaje con fines persuasivos, inicialmente tuvo gran desaprobación por el uso que de ella hicieron los sofistas solamente para persuadir sin preocuparse por la verdad de sus discursos; pero Aristóteles dio una nueva dimensión a la retórica como arte para inquirir y resistir a la razón, para defender y para acusar, y como una facultad de discernir en cada circunstancia lo admisiblemente creíble.

El Estagirita dedicó un apartado de su estudio a la oratoria forense. En esta, el discurso, que está dirigido al juez, debe ser apodíctico y fidedigno, pero además formulado con especial cuidado en la forma en la que se presenta el que habla (favorablemente dispuesto hacia quien habla y de ser posible, que este último también lo esté hacia el que habla), pues si bien es cierto que los sentimientos no afectan al asunto, sí afectan al juez.

Señaló Aristóteles que no basta saber lo que hay que decir, también es necesario decirlo como conviene. La virtud de la dicción es que sea claro el discurso, así como los poetas con su dicción parecen conseguir la gloria, pero que no parezca que se habla con mucho remilgo sino más bien con naturalidad. De igual forma indicó que es conveniente que el discurso tenga medidas, porque lo indeterminado es desagradable e ininteligible, pero tal medida no debe ser exacta, si bien tener principio y fin fácilmente abarcables con la mirada, a efecto de ser agradables y fáciles de comprender; por lo que cada fragmento debe acabar a la par de la idea y no truncarla.

De esta forma, tanto la poética como la retórica constituyen antecedentes de la argumentación, la primera al ser un arte para exponer con cierto orden como debe o debiera ser un tema específico, y la segunda porque permite estructurar un discurso que conste de la exposición del asunto y demostración -o argumentación-.

En este sentido, la retórica aristotélica cobra gran valor, pues de ella advertimos que la adecuada estructura del discurso es conveniente para el fin perseguido, que es la persuasión; sin embargo, tampoco aporta la solución al problema que es objeto de esta investigación.

1.11. Teoría del Derecho

Tal como lo señala el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán en su obra *Razonamiento y Argumentación Jurídica*, el Derecho como ciencia no nació en Grecia -como las demás ciencias clásicas- sino en Roma (tan es así que el término “derecho” deriva del latín *directus* que significa lo que es conforme a la regla, a la norma o a la ley), pero gracias a la misma metodología utilizada por las demás ciencias.

La jurisprudencia romana pasó del periodo pontificio a la secularización y difusión de la práctica jurídica, material que junto a los preceptos jurídicos dados por el legislador fueron organizados conforme a la metodología aristotélica, momento a partir del cual se comenzó a llamar ciencia jurídica a la jurisprudencia;⁷ esta última se convirtió en el aparato conceptual (dogmático) para leer y aplicar el Derecho, la ciencia de aplicación del Derecho y la manera de razonar qué hacer en Derecho.⁸

⁷ Rolando Tamayo y Salmorán, *Op. Cit.*, pp. 98-99.

⁸ *Ibidem*, p. 122.

La jurisprudencia moderna utiliza en gran medida los conceptos forjados por los juristas romanos. No obstante, en el medioevo la enseñanza del derecho romano fue seguido por las glosas o comentarios que realizaba el profesor y estas constituyeron un cúmulo importante de doctrina. Finalmente, “la moderna ciencia del Derecho fue creada por los juristas italianos de la edad media.”⁹

Dentro de la historia de la ciencia jurídica han sido distintas las cosmovisiones de los juristas -o grupos de juristas- que se han preocupado por estudiar o analizar la naturaleza del Derecho, sus elementos y sus operadores. Cada una de esas cosmovisiones ha tenido un impacto distinto en el mundo jurídico, pues ha permeado de distinta forma e intensidad en la forma en la que vivimos o pensamos el Derecho. Por lo tanto, es importante conocer los principales modelos jurídicos que han existido para saber porqué pensamos lo que pensamos acerca del Derecho, porqué argumentamos como lo hacemos y porqué tenemos determinada idea respecto de las normas jurídicas y de la labor de los jueces.

Además, en la argumentación jurídica es necesario conocer el contenido de la ciencia jurídica porque ese conocimiento será el que utilicemos para formular los argumentos que necesitaremos para defender nuestras ideas o posturas; y en la medida que tengamos más conocimiento tendremos más elementos para convencer y consecuentemente para triunfar en una discusión jurídica.

Analizar los modelos jurídicos más importantes también nos permitirá determinar a nivel personal cual es el que mejor se adapta a nuestras necesidades e incluso podremos definir una postura teórica personal para argumentar desde ella.

Jaime Cárdenas Gracia señala que existen ciertos factores que nos permiten analizar cada escuela o modelo jurídico según lo que refieren acerca de: la

⁹ *Ibidem*, p. 174.

extensión del material jurídico, el papel del intérprete, qué es el Derecho, qué rol desempeña el caso y el ordenamiento en cada interpretación concreta, qué papel juega el intérprete en la interpretación, el papel de los Derechos humanos y el compromiso con ellos, la función de las técnicas argumentativas, la significación de la Constitución y del resto de las fuentes dentro del sistema y el tipo de cultura jurídica de los operadores jurídicos.¹⁰ Por ello y considerando el problema a resolver en la presente investigación, se dará especial importancia al papel que cada modelo jurídico asigna a los juzgadores.

1.11.1. Positivismo jurídico

El ser humano al vivir en sociedad tiene la necesidad de autodeterminarse a través de normas. Así lo observamos en las primeras grandes civilizaciones, una de las cuales es sin duda Roma, en la que el Derecho se traducía primeramente en el uso de formalidades simbólicas y solemnes cuyo uso se reservaba inicialmente para los pontífices y posteriormente se permitió el ejercicio libre de tal oficio, lo que dio pie al prestigio de algunos jurisconsultos y oradores como Cicerón (considerado el inventor de la profesión del abogado).

El derecho romano es de gran importancia al día de hoy por la herencia que nos dejó: construcciones jurídicas realizadas en la ley, por los jurisconsultos y por los magistrados; cuyas creaciones fueron recopiladas posteriormente en la monumental obra de Justiniano, Emperador romano que tuvo la idea de gobernar con de una legislación sencilla que reuniera las distintas normas en un solo documento legal: el Corpus Juris Civilis; cuerpo normativo que los jueces debían aplicar mediante operaciones puramente mecánicas al aplicar la ley.

¹⁰ Jaime Cárdenas Gracia, *La Argumentación como Derecho*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 96-97.

Tal es la trascendencia del *Corpus Juris Civilis* que su estudio trascendió a la Escuela de los Glosadores a fines del siglo XI, con la pretensión de aclarar el sentido literal de dicho texto legal, pues consideraban que había sido emitido con carácter intemporal, es decir, aplicable para siempre.

En el siglo XIV los Posglosadores o comentaristas produjeron una gran cantidad de comentarios de análisis respecto de las glosas elaboradas por los glosadores. Su importancia consiste en la elaboración de una teoría jurídica que empleaba la interpretación dirigida a encontrar el sentido racional y los principios jurídicos que contenían los textos legales. Glosadores y posglosadores son antecedentes de la Escuela de la Exégesis en cuanto al culto a la ley. Esta última, la ley, es el centro de gravedad alrededor de la cual giran todas las teorías del Derecho, al asignarle mayor o menor importancia a las leyes, particularmente a la ley escrita, tan es así que la escuela del positivismo jurídico cuyo paradigma es el culto a la ley, es el referente obligado para las críticas de las restantes Escuelas del Derecho.

Nace en el siglo XIX una corriente ideológica en la ciencia que pretendía contrarrestar de forma efectiva las influencias de la metafísica para concretar su campo de estudio únicamente a los datos de la experiencia, esto es, hechos datos observables.

De esta forma, el positivismo jurídico tomó como único objeto de estudio a las normas creadas por el legislador, al ser consideradas como realmente existentes, esto es, observables y objetivas. Por lo tanto, le interesa conocer cómo es el Derecho y no cómo debe ser ni porqué es como es.

El Derecho es entonces para el positivismo: a) un conjunto de normas; b) creadas por los órganos del Estado facultados para ello; c) que tienen como función regular la vida del hombre en sociedad; d) cuyo cumplimiento es asegurado por medio de la coerción por los poderes públicos; y e) su validez

proviene de la forma en la que fueron creadas y no por criterios morales. El positivismo jurídico es el referente obligado al estudiar el Derecho.

Este paradigma jurídico ocasionó un culto a la ley y al legislador, tal como lo podemos observar en la obra de Rosseau: "El legislador es, bajo todos los conceptos, un hombre extraordinario en el Estado."¹¹

Bajo este modelo jurídico al juez solo corresponde la labor de subsumir mecánicamente los hechos en las normas para resolver los casos que deba juzgar. Así lo observamos en la obra de Montesquieu: "...los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma."¹²

Dentro del iuspositivismo, la corriente más rigorista es la Escuela Exegética, surgida entre 1804 y 1830, con apogeo entre 1830 y 1880 y su decadencia la observamos entre 1880 y 1900.¹³ Nació en Francia con el Código napoleónico que constituyó un esfuerzo similar al *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, es decir, un cuerpo legal que agrupara todas las normas, principios y procedimientos hasta ese entonces creados y recopilados en forma sistemática y racional por el legislador, con la finalidad de que los jueces solo tuvieran que aplicarlo mecánicamente.

Esto introdujo el valor de la seguridad jurídica entendido como una garantía de que el juez solo era un aplicador -no creador- del Derecho, puesto que el Derecho ya estaba creado por el legislador. Bajo esta concepción del Derecho, solo las normas creadas por el legislador califican como Derecho.

¹¹ Juan Jacobo Rousseau, *El Contrato Social*, 11ª ed., México, Ed. Porrúa, 1998, p. 22.

¹² Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, 13ª ed., México, Ed. Porrúa, 2000, p. 108.

¹³ Rafael Sánchez Vázquez, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1995, p. 148.

Con esta óptica, se consideró que toda palabra en la ley tiene un valor específico, nada hay ocioso en ella, nada sobra, toda omisión es intencionada y por consecuencia las palabras deben ser interpretadas en su sentido natural y obvio.¹⁴

La principal crítica a la Escuela exegética es que pretendió aislar al Derecho de la realidad histórica, económica, social, política y cultural en la que se expresa.¹⁵

Dentro del iuspositivismo encontramos también al formalismo jurídico, corriente que está relacionada con tres aspectos fundamentales: a) aplicación mecánica de la ley mediante silogismos deductivos para resolver los conflictos jurídicos; b) motivación de las decisiones judiciales en términos puramente legales; y c) equiparación de una sentencia legal con una sentencia justa.

Se trata de una concepción jurídica conservadora que ha recibido severas críticas. Algunos sostienen que ya no está vigente la teoría de la interpretación mecánica de la ley en razón de que ya nadie cree seriamente en que el juez sea un autómatas.¹⁶

Otra importante crítica es que el legislador no está posibilitado para prever todos los casos futuros que se puedan suscitar así como las circunstancias de dichos casos, por lo que no es posible congelar las normas y esperar que sean útiles para juzgar todos los nuevos asuntos.

La teoría positivista tal vez más conocida es la teoría pura del Derecho, de 1935, cuya característica principal es la limitación del objeto de estudio del

¹⁴ *Ibídem*, pp. 196-197.

¹⁵ *Ibídem*, p. 44.

¹⁶ Norberto Bobbio, *El Problema del Positivismo Jurídico*, México, Ed. Fontamara, 2004, p. 71.

Derecho a la norma jurídica. Se propone contestar qué es y cómo es el Derecho, mas no le interesa plantearse la cuestión en torno a cómo debe ser este o con arreglo a qué criterio debe ser construido. Kelsen (1881-1973) afirma: “La razón por la que la apellidamos ‘pura’ a esta doctrina del Derecho radica en que se propone como única finalidad asegurarse un conocimiento preciso del Derecho, en que puede permitirse excluir de dicho conocimiento todo cuanto en rigor no integra lo que en verdad merece el nombre de Derecho.”¹⁷

En su doctrina, rompió la conexión entre el Derecho y la Moral, al señalar que el primero no necesita ser legitimado con la segunda; por lo que rechazó toda valoración o juicio en torno al Derecho positivo. En este sentido, la validez de las normas jurídicas estaría dada no por su contenido (“cualquier contenido puede ser Derecho”¹⁸) sino por haber sido creadas de cierta manera y con arreglo a una norma fundamental que tiene el carácter de fundamento hipotético.

Señaló que la ciencia jurídica toma conceptos del Derecho mismo y no de ámbitos valorativos, psicológicos, sociológicos o de otra naturaleza extra jurídica. En cuanto a la justicia, la considera un ideal irracional debido a que no es accesible al conocimiento.¹⁹

Por su parte, Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) fue el último gran positivista. No obstante, su teoría abandonó la posición mecanicista respecto al juez para dotar a este personaje de ciertas facultades discrecionales al grado de considerarlo como un creador más de Derecho en aquellos casos en los que este resulta indeterminado.

¹⁷ Hans Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho*, México, Ed. Colofón, p. 13.

¹⁸ *Ibidem*, p. 50.

¹⁹ *Ibidem*, p. 22.

Señala el autor en cita que en el Derecho tenemos un "núcleo central de significado", cierto y fácil de aplicar, pero también existe cierta indeterminación de las reglas que tiene que ver con el lenguaje empleado por el legislador, que puede ser vago, ambiguo o impreciso, o incluso puede haber vacíos legales ante la imprevisibilidad de circunstancias futuras. A esto lo llamó "penumbra de incertidumbre", que da lugar a problemas en la aplicación por parte del juez ante las diferentes alternativas que tenemos.²⁰ En tales casos, el juez no es completamente libre para decidir la solución concreta para el caso, pues si bien tiene libertad discrecional esta no es ilimitada, sino que existe una serie de estándares jurídicos -pautas de justicia, de moralidad, equidad, imparcialidad, neutralidad, ponderación, balance, metas sociales, etc.- que operan como guías en el proceso de decisión judicial para que esta aparezca como aceptable.²¹

No obstante, esto no significa que el Derecho admita otros materiales jurídicos como la moral pero sí reconoce que la elección del juez está frecuentemente influenciada con la idea de que el propósito de las reglas "es razonable", entendiendo por ello el que no tienen la intención de cometer una injusticia o violentar principios morales. Por esto es que las decisiones del juez deben aparecer aceptables con bases razonadas.

Finalmente, la teoría elaborada por Joseph Raz (nacido en 1939), un positivista moderado y probablemente la defensa más conocida sobre la concepción jurídica denominada positivismo excluyente. Admite que muchas normas jurídicas solo pueden ser interpretadas desplegando un razonamiento moral que le otorgue sentido a conceptos tales como libertad, igualdad, dignidad, entre otros, pero niega que pueda denominarse "jurídico" al razonamiento

²⁰ Juan Vega Gómez (coordinador), *Tribunales y Justicia Constitucional, memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 382.

²¹ Jaime Cárdenas Gracia, *Op. Cit.*, p. 63.

moral con el que se interpreta las normas jurídicas que contienen los aludidos conceptos.²²

Raz no descarta que el juzgador pueda crear Derecho en los casos en los que este resulta incompleto, pues no es posible que las normas se refieran a todos los casos jurídicamente relevantes o que no sean contradictorias entre sí. Admite también que el sistema puede ofrecer más de una respuesta para una misma situación. A estos tres escenarios, la pluralidad de respuestas, la contradicción y el silencio de la ley, Raz los denominada situaciones de indeterminación jurídica.

De lo anterior podemos apreciar como ventajas del positivismo jurídico: 1) proporciona una idea clara y sencilla de lo que es el Derecho; 2) constituye un medio eficaz para dotar de seguridad jurídica al sistema ante la resolución de conflictos vía subsunción de los hechos en las normas por parte del juez al emitir sus resoluciones.

Pero las desventajas del positivismo jurídico son: 1) posibilita que cualquier contenido pase como Derecho aun cuando se trate de disposiciones perjudiciales para la mayoría; 2) determinados controversias jurídicas no pueden ser resueltas por mera subsunción legal porque el legislador es incapaz de prever todos los casos posibles, por lo que resulta un sistema incompleto y por ende ineficiente. Esta última desventaja fue aparentemente librada por la tesis positivista de Hart al reconocer al juez ciertas facultades discrecionales e incluso como un creador más del Derecho en los casos en los que este resulta indeterminado, limitando tales facultades a ciertos estándares jurídicos tales como pautas de justicia, moralidad, equidad, imparcialidad, neutralidad, ponderación, balance, metas sociales, entre otras, que guían la decisión judicial para hacerla aceptable; sin embargo, su teoría resulta insuficiente para dar

²² Pilar Zambrano, *La Inevitable Creatividad en la Interpretación Jurídica*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 17.

respuesta al problema de los casos difíciles porque no señala qué hacer ante ellos, cómo resolverlos o qué estándares jurídicos debe preferir el juzgador; de forma tal que constituye una contradicción con la tesis de la seguridad jurídica que anuncia el positivismo jurídico.

Además, una situación incontrovertible es que actualmente los cuerpos normativos tienen disposiciones con contenido moral que rompen la tesis positivista de separación entre el Derecho y la moral.

Para finalizar con el estudio del iuspositivismo es importante señalar que esta corriente jurídica predomina -como forma de crear, aplicar, estudiar y enseñar el Derecho- en las sociedades con tradición jurídica del derecho civil, pues basta observar que los rasgos que identifican a los países con esta tradición son: 1) el establecimiento de la ley escrita, la codificación de esta y Constituciones rígidas como fuente primaria del Derecho; 2) el papel que reviste el juez es el de un funcionario con carrera judicial, un empleado del gobierno que tiene como tarea aplicar lo que dice la ley y cuya labor es poco creativa; 3) la certeza jurídica es muy importante, un valor supremo, un dogma que se inculca desde la propia enseñanza del Derecho y que se obtiene con la aplicación estricta de la ley al caso concreto mediante operaciones de subsunción (se dice que “los casos difíciles, las decisiones injustas, poco realistas, son lamentables, pero son el precio que debe pagarse por la certeza”²³); y 4) los juicios se desarrollan predominantemente por escrito y son más extensos en el tiempo de su duración.

²³ *Ibidem*, p. 157.

1.11.2. Derecho Natural

Por iusnaturalismo se entiende aquella corriente que admite la distinción entre el Derecho natural y el Derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo.

El iusnaturalismo tiene esencialmente dos variantes, el iusnaturalismo teológico y el iusnaturalismo racionalista. El primero tiene como principales pilares: a) la idea de una razón divina que puede ser conocida por los hombres; y b) la existencia de una ley eterna y universal. Santo Tomás de Aquino es considerado el principal exponente de esta escuela. En su obra cumbre, la "Summa Theológica", concibe tres órdenes de leyes: ley eterna (razón divina que gobierna al mundo); ley natural (la parte de la ley eterna que se refiere a la conducta humana y que puede ser racionalmente conocida en la conciencia); y la ley humana (producto del hombre que debe ser una aplicación particular de la ley natural). Fundamenta su obra en la autoridad de las Sagradas Escrituras como revelación divina. Señala que la verdad racional no es opuesta a la verdad de la fe cristiana.

La segunda variante, iusnaturalismo racionalista o Escuela Clásica del Derecho Natural sostuvo que se podía conocer el Derecho por medio de la razón. Postuló la idea de derechos eternos y naturales basados en que el hombre nace libre e independiente, pero que al hacer un contrato con otros individuos para defender su vida y su propiedad transmite a la sociedad cierta clase de derechos y libertades, y a cambio esta debe garantizarle la protección de esos derechos.²⁴

²⁴ Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, 2ª ed., México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 154-155.

En este iusnaturalismo, identificamos una separación entre el Derecho y la moral con preferencia de la segunda para la resolución de los conflictos jurídicos.

John Finnis es representante de la llamada nueva escuela anglosajona del Derecho natural. Una de sus principales tesis es la protección del hombre desde el momento en que existe y es concebido en el vientre materno hasta su muerte.²⁵ Esta es una de las posturas más utilizadas por el iusnaturalismo en temas polémicos como el aborto.

Para Finnis, la tarea central del iusnaturalismo consiste en explorar las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bien del ser humano, en identificar los principios y los límites del Estado de Derecho y mostrar cómo el Derecho válido se deriva de ciertos principios inmodificables.²⁶

En esencia, el iusnaturalismo racionalista indica que podemos conocer el Derecho natural a partir de la naturaleza humana. De ahí devienen sus características de universal e inmutable.

Rodolfo Vigo señala como nota identificatoria del iusnaturalismo clásico la tesis de que hay derecho que vale como tal no obstante que sea rechazado o ignorado por la sociedad o por las autoridades.²⁷ Esta es probablemente la tesis más radical del modelo jurídico en estudio.

Así, para el iusnaturalismo las leyes deben ser obedecidas solo en tanto son justas. Una ideología jusnaturalista moderada señala que las leyes pueden ser injustas pero igualmente deben ser obedecidas, pero una variante más extrema permite incluso el derecho a la desobediencia a las leyes cuando estas son

²⁵ Rodolfo Luis Vigo, *El Iusnaturalismo Actual*, México, Ed. Fontamara, 2007, p. 146.

²⁶ Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*, España, Ed. Trotta, 2013, p. 27.

²⁷ *Ibidem*, pp. 162-163

injustas.²⁸ Partiendo de la base que el derecho debe ser justo, cuando por alguna causa existe una ley injusta, el naturalismo jurídico propone que no existe la obligación jurídica de obedecerla por ser injusta. A esto se le ha denominado la objeción de conciencia.

Una crítica a esta forma de pensamiento es que las cambiantes situaciones históricas y sociales condicionan el comportamiento y el pensamiento humanos, por lo que sus derechos no pueden conservarse inmutables histórica y universalmente, sino que el sistema jurídico debe ser ajustado a tales cambios. Además, es cierto que la vida del ser humano es valiosa por sí misma sin importar la etapa histórica o el lugar, pero no es desconocido que la vida humana ha tenido diferente consideración para cada grupo social en condiciones de tiempo y espacio distintas.

Otra de las mayores críticas al Derecho natural es la subjetividad de lo que se considera como justo, pues a lo largo del tiempo y dependiendo las circunstancias, diversas morales han pretendido tener refugio en el iusnaturalismo.

Además, ha recibido diversas críticas en cuanto a su científicidad. Alf Ross señala que esta doctrina en todas sus variantes ha conservado como característica principal un modo de pensamiento que difiere radicalmente del punto de vista científico.

Uno de los temas de tensión entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo es la seguridad jurídica. Mientras que la segunda corriente jurídica asocia el uso de los valores con la subjetividad de los aplicadores del Derecho y la consecuente pérdida de seguridad jurídica, el iusnaturalismo sostiene que es preferible la

²⁸ Norberto Bobbio, *Op. Cit.*, pp. 78-86.

justicia a la seguridad jurídica, ya que ante la injusticia extrema no puede subsistir ningún valor jurídico, incluyendo la seguridad jurídica.

1.11.3. Realismo jurídico

Son precursoras del realismo jurídico las Escuelas conocidas como Jurisprudencia de Conceptos, Jurisprudencia Analítica, Jurisprudencia de Intereses y Jurisprudencia Sociológica. La primera es una doctrina que sostuvo que por detrás de las normas jurídicas existe un entramado de conceptos tales como negocio jurídico, testamento, contrato, compraventa, préstamo, entre otros, que son expresión de una especie de razón jurídica universal y con los cuales es posible dar solución a cualquier conflicto, desvinculando al juez del legislador. Apareció a principios del siglo XIX y se divide en la Escuela Histórica y la Escuela Pandectística alemana. La primera, encabezada por Federico Carlos Von Savigny, vinculó el Derecho con el contexto social; la segunda, encabezada por Jorge Federico Puchta, pretendió adaptar el Derecho romano a las necesidades actuales, al construir un sistema de conceptos generales para generar un Derecho sistematizado y sin lagunas con el que se resolvieran todos los casos.

La Escuela de Jurisprudencia analítica es una corriente del Derecho cuyo principal exponente es John Austin, en donde encontramos un vuelco en el objeto de estudio de la doctrina jurídica, de las leyes a los casos. Así que para esta doctrina el legislador ya no es el principal actor sino el juzgador, a quien se le señala la facultad de crear una especie de Derecho positivo.

La Escuela de Jurisprudencia de Intereses es una doctrina que surgió como otra reacción contra el formalismo. Sus principales exponentes son Philipp Heck y Rudolf Von Ihering. Es una doctrina que centra su interés en las sentencias judiciales. El núcleo de su teoría es el concepto de interés en juego que hace referencia a los factores, necesidades y aspiraciones sociales,

económicas, políticas, artísticas, culturales y morales que incidieron en la formulación de la ley. Esta interacción de intereses tiene también la función de inspirar la decisión judicial en aquellos casos en los que el juez deba colmar una laguna del Derecho o cuando deba interpretar un texto legal, evidentemente mediante el método teleológico. Por lo que la tarea fundamental del juez en estos asuntos es determinar los intereses recogidos en la norma jurídica por el legislador para resolver conforme a los mismos intereses. Probablemente esta es la razón por la que Heck pretendía que los conflictos iguales se resolvieran de igual manera.

Finalmente, en la Jurisprudencia Sociológica se ubican Oliver Wendell Holmes, Benjamín Cardozo y Roscoe Pound. Fue una crítica al sistema de reglas que ya no servía para solucionar adecuadamente los problemas de la realidad cambiante. Planteaba la producción judicial de nuevas reglas jurídicas mediante la ponderación (equilibrio) de esas nuevas realidades sociales. En esta teoría encontramos un Derecho cambiante adaptable a la realidad social.

El realismo jurídico es una corriente jurídica que surgió a principios del siglo XX y centra su objeto de estudio en el quehacer cotidiano de jueces, abogados y las partes involucradas en los problemas jurídicos y sus respectivas decisiones judiciales.²⁹ En este sentido, su enfoque principal está destinado a predecir o explicar el comportamiento de los operadores jurídicos, más que a justificarlo racionalmente.

Existieron dos escuelas de esta misma corriente ideológica, el realismo jurídico norteamericano y el realismo jurídico escandinavo. Este último se desarrolló en Suecia y Dinamarca principalmente con el pensamiento de Alf Ross, alumno de Kelsen. La diferencia entre ambas escuelas es que la primera consideraba que el Derecho podía reducirse a hechos sociales, mientras que para la segunda la

²⁹ Rafael Sánchez Vázquez, *Op. Cit.*, p. 220.

ciencia jurídica era una rama de la doctrina de la conducta humana que incluía el estudio de las realidades psicológicas de los aplicadores del Derecho.

Para esta forma de pensamiento, las normas jurídicas solo orientan al juez en sus decisiones pero este las interpreta a libre voluntad bajo el argumento de que es la “intención del legislador”.

Analiza los factores que realmente influyen (aun inconscientemente) en las decisiones del juzgador, tales como su cultura, educación, posturas ideológicas, valores, experiencia, posición económica y social, relaciones personales y sentimentales, temperamento, estado de ánimo, prejuicios, entre otros. Esto permitió advertir que la función jurisdiccional es más que una actividad intelectual basada en la lógica, sino que es producto de la subjetividad del juez. Esta es la vertiente más radical del realismo jurídico.

Particularmente, el realismo jurídico ha dado lugar a la tradición jurídica conocida como el derecho común (*common law*); una forma de crear, aplicar, estudiar y enseñar el Derecho propia de los sistemas en los que: 1) no se pretende que las leyes sean exhaustivas, no es esta una fuente acabada y por eso el juez tiene una labor muy reconocida como creador del Derecho, por lo que han construido un sistema de precedentes con base en las resoluciones judiciales que obligan a otros jueces a decidir de una forma similar, de forma tal que la decisión judicial tiene preeminencia sobre la ley; 2) se elige con cuidado a los jueces, pues además de cursar los estudios de Derecho deben contar con una carrera exitosa y prestigio laboral, lo que les da respeto y admiración a grado tal que sus sentencias sirven para estudiar el Derecho en las universidades; 3) el valor privilegiado es la equidad en las sentencias, con una visión de adaptación de las normas escritas al cambio social; y 4) en los procedimientos judiciales existe mayor concentración e inmediatez.

1.11.4. Tridimensionalismo jurídico

La Teoría de la tridimensionalidad del Derecho fue planteada por el filósofo brasileño Miguel Reale a partir de 1968. Concibe al fenómeno jurídico desde tres manifestaciones: como hecho social, como norma jurídica y como valor. La primera comprende los hechos sociales en los que se gesta y produce el Derecho. La segunda reconoce al Derecho en su presencia normativa y coactivamente garantizada. La tercera dimensión concibe al Derecho como un valor en sí mismo y como portador y garantizador de otros valores superiores. Estas tres dimensiones tienen una naturaleza distinta pero interactuante,³⁰ constituyen la compleja realidad del mundo jurídico.

Es una teoría que nos aporta mayores elementos sustantivos para dar solución a cualquier clase de conflicto jurídico, ya que no limita el objeto de estudio del Derecho sino que le incorpora una gran cantidad de materiales vía los principios y los hechos sociales.

Sin embargo, una crítica que puede recibir esta corriente de pensamiento es que deja de lado los aspectos técnicos como la forma en la que el juez resuelve los conflictos que tiene en sus manos.

1.11.5. Escuela del Derecho Libre

El movimiento del Derecho libre fue iniciado por Francois Geny y encabezado por Herman Kantorwicks; escuela nacida en Alemania en 1906. Es una respuesta a las corrientes legalista y conceptualista que consideran que todo el Derecho lo encuentran en la ley mediante la aplicación de la lógica tradicional. Niega que el Derecho positivo sea suficiente y lo suficientemente consistente

³⁰ Mario I. Álvarez, *Introducción al Derecho*, México, Ed. Mc Graw Hill, 1999, pp. 47-60.

que permita resolver todos los casos que se presenten. Fue concebida como una resurrección del derecho natural.

Según esta teoría, la ciencia del Derecho va más allá del simple conocimiento de las normas; el juez modifica normas jurídicas al interpretar el derecho legislado o formula nuevas normas al llenar lagunas jurídicas. Francois Géný distingue claramente entre labor interpretativa y la integradora para el caso de lagunas. Señala que interpretar consiste simplemente en comprender el contenido del precepto por el texto que lo expresa, para lo cual hay que analizar las relaciones que el legislador ha querido regular, las circunstancias que las determinan, las exigencias morales, políticas, sociales y económicas a las que el precepto tiende a satisfacer, esto es, la *ratio legis*.³¹

El juez crea Derecho al igual que el legislador, pero al primero le corresponde la labor de adaptar las normas a una nueva realidad o llenar lagunas tomando en cuenta las convicciones éticas y las opiniones sociales predominantes sociales en su lugar y época.³²

Se destaca que el juzgador realiza una actividad creadora libre, de ahí el nombre de la corriente jurídica en estudio. No se trata de pretender encontrar la “voluntad de la ley” sino la voluntad de un juez autónomo que puede incluso rebasar la ley para resolver de acuerdo con la justicia, tomando en consideración las circunstancias de cada caso.

De la escuela del Derecho libre es aceptable la idea de un juez que crea Derecho al igual que el legislador porque en ocasiones las normas han sido rebasadas por la realidad social o incluso estas no prevén algunos todos los posibles problemas jurídicos; pero no es aceptable que la labor creativa del

³¹ Sergio T. Azúa Reyes, *Los Principios Generales del Derecho*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 2007, p. 59.

³² Edgar Bodenheimer, *Op. Cit.*, p. 209.

juzgador sea tan amplia que rebase con plena libertad a la ley, pues caeríamos en el extremo opuesto al formalismo, jueces que no tuvieran límites y a quienes las leyes solo sirvieran como meras sugerencias.

1.11.6. Teoría Crítica del Derecho (neomarxista)

Concibe al Derecho como un término medio entre la anarquía y el despotismo,³³ un medio para mantener el equilibrio entre el poder de los individuos y el poder del gobierno. Los derechos sirven para circunscribir la esfera de poder de los particulares y la Constitución sirve para fijar límites al poder público, el cual debe tener suficiente poder para evitar la anarquía pero no tanto como para caer en el despotismo.

Hay que recordar que la teoría Marxista veía al Derecho como una superestructura construida sobre la base económica y utilizada por la clase económica gobernante y el capitalismo para perpetuar su poder y mantener sometida a la clase oprimida.

Este sistema de pensamiento dio lugar a la tradición del derecho socialista, una visión que ve a las tradiciones jurídicas del derecho civil y el derecho común como injustas.

1.11.7. Neoconstitucionalismo

El modelo jurídico conocido como neoconstitucionalismo es una evolución del constitucionalismo tradicional, una visión del Derecho en la que la Constitución es el centro y base de todo el sistema jurídico, parámetro de análisis para toda ley o acto de la autoridad.

³³ *Ibidem*, p. 28.

El papel que ocupa el juez en este modelo jurídico es la de garante de los derechos fundamentales. Con ello, el juez constitucional adquiere incluso mayor importancia que el legislador democrático.

La argumentación jurídica desarrollada bajo el modelo neoconstitucionalista se caracteriza por la búsqueda de la certeza jurídica, la cual se consigue solo con base en la calidad de los argumentos.³⁴ Peter Haberle indica que el neoconstitucionalismo obliga a niveles de mayor justificación mediante la argumentación derivada de contenidos, fines y valores y esto hace que el Derecho gane certeza en lugar de perderla; que si bien el positivismo tradicional se conformaba con el uso del silogismo y la subsunción para controlar a los jueces, el juez gozaba de discrecionalidad en los casos difíciles referidos a problemas de interpretación, de relevancia, de prueba y de calificación, por lo que su certeza solo es ilusoria, mientras que el neoconstitucionalismo enfrenta los casos difíciles con la argumentación suficiente que justifique cualquier decisión.

En el modelo neoconstitucionalista, los jueces en general tienen la posibilidad de emplear los valores constitucionalizados para fundar sus resoluciones, por lo que se enfrentan a la dificultad de aplicarlos a los casos que son sometidos a su jurisdicción mediante el razonamiento. En esta forma, el neoconstitucionalismo generó una explosión de la actividad judicial y por ende cierto grado de activismo judicial que anteriormente no tenía.

El auge del modelo en parte se debe a los sucesos ocurridos con la Segunda Guerra Mundial y a las acciones posguerra tomadas por los países vencedores, fundamentalmente los juicios de Nüremberg; hechos a partir de los cuales fueron incorporados principios y derechos fundamentales en las constituciones rígidas como límites para los poderes ejecutivo, judicial y también para el

³⁴ Jaime Cárdenas Gracia, *Op. Cit.*, pp. 51-52.

legislativo.³⁵ Por ello es que bajo la teoría neoconstitucionalista, los tribunales están obligados a mayores niveles de argumentación, pero fundamentalmente basada en principios, constitucionales desde luego.

1.11.8. Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli ha desarrollado una teoría garantista del Derecho con la pretensión de maximizar los derechos fundamentales. Señala que las características definitorias de todo derecho fundamental es su carácter inviolable, inderogable, indisponible, inalienable y universal. Hizo referencia a los derechos sociales al indicar que el problema con ellos es que no ha tenido garantías jurídicas adecuadas como sí sucede con las previstas para los demás derechos.

Señala Ferrajoli que las garantías penales y procesales también tienen la función de servir como un límite a la discrecionalidad del juez, en tanto que son garantías que sirven a la verdad, esto es, para la comprobación de los hechos, su verificación o refutación. Constituyen, por ende, un condicionamiento al poder punitivo del Estado.

El punto central del modelo garantista es la teoría de la discrecionalidad judicial y la forma de reducirla al mínimo. Se argumenta que el juez no debe tener espacios de valoración y de selección sino limitarse a tomar conocimiento de los hechos deducidos en juicio, esto es, verificar la hipótesis sobre los hechos que constituyen la acusación. De esta forma, se propone que la labor central del juez es en el ámbito cognoscitivo, no decisional.³⁶

³⁵ Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 89.

³⁶ Miguel Carbonell (coordinador), *Conociendo a Luigi Ferrajoli*, México, Ed. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C., 2015, p. 75.

Un tema importante para esta teoría jurídica es la positivización de principios y derechos fundamentales en las normas constitucionales, pues se señala que la legitimidad del sistema político está condicionada a la tutela y observancia de tales normas constitucionales. En este sentido, la Constitución es el centro y fundamento de todo el sistema jurídico, a la cual deben orientarse y ajustarse todos los actos jurídicos, todas las normas y todas las resoluciones.

Esta tendencia jurídica ha dado lugar al denominado Estado Constitucional del Derecho, entendiéndose por este al ordenamiento caracterizado por un doble nivel de legalidad que incorpora en una constitución rígida, los derechos de libertad teorizados por el iusnaturalismo.

El modelo constitucionalista ha sentado las bases para la creación del denominado Estado Constitucional del Derecho, entendido este como el modelo de organización jurídico político de los regímenes democráticos, con las siguientes notas distintivas: A) división acentuada de poderes, en el que el legislativo ya no es el prevalente, sino que si bien persiste la clásica división tripartita de poderes, ahora existe también un Tribunal Constitucional que puede o no formar parte del poder judicial, como garante máximo de la Constitución. B) Coexistencia de reglas y principios, en donde estos últimos dejan de ser formas retóricas para convertirse en normas derivadas de la interpretación que realizan los operadores jurídicos. C) Los derechos humanos se han convertido en el centro de la discusión del Derecho. D) Los tratados internacionales sobre derechos humanos se convierten en parte fundamental de la protección de los derechos humanos. E) el control de la constitucionalidad y convencionalidad es una obligación de todo juzgados, de cualquier nivel y materia.

Además, Ferrajoli propone un liberalismo *sui generis* dirigido a un Estado Social de Derecho en el que el ordenamiento confiere y garantiza no solamente derechos de libertad, sino también derechos sociales.³⁷

Señala Ferrajoli que el paradigma del Estado Constitucional del Derecho impone la coherencia y completud de las leyes ordinarias respecto de las normas constitucionales, ya que impone la solución de las antinomias entre normas que violan derechos de libertad mediante la anulación de las tales normas, y por otro lado, la integración de las lagunas generadas por la inexistencia de normas mediante la introducción de nuevas normas.³⁸

Finalmente, es preciso señalar que si bien para algunos es posible encasillar al jurista en estudio en el modelo neoconstitucionalista, esto es puesto en tela de juicio cuando se advierte que, por un lado, los rasgos más notorios del neoconstitucionalismo son la apertura al judicialismo mediante la argumentación para la resolución de lagunas y antinomias; por otro lado, Ferrajoli parece homenajear el principio positivista al indicar que las lagunas y las antinomias si bien deben ser denunciadas por la teoría, sus resoluciones deben ser dadas únicamente por el legislador o por un Tribunal Constitucional.³⁹

1.11.9. Hacia una nueva concepción del Derecho

“No existe creencia alguna que no haya sido puesta en tela de juicio, ni dogma aceptado que no haya sido cuestionado, ni tradición sancionada que no se viera amenazada con desaparecer.”⁴⁰ Para muestra basta observar la evolución

³⁷ Miguel Carbonell, *Op. Cit.*, p. 87.

³⁸ Luigi Ferrajoli, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México, Ed. Fontamara, 2004, p. 135.

³⁹ *Ibidem*, p. 122.

⁴⁰ Benjamín Nathan Cardozo, *La Función Judicial* [trad. Victoria Cisneros y Leonel Pereznieto Castro], México, Ed. Pereznieto Editores, 1996, p. 10.

del pensamiento jurídico analizada en la parte precedente del presente capítulo, pues los modelos jurídicos a los que puede denominarse como clásicos -iuspositivismo, iusnaturalismo e iusrealismo- hoy día han perdido su auge para dar paso a teorías eclécticas. De otra forma, entender el fenómeno de la ciencia jurídica estaría limitado bien a las normas o bien al funcionamiento del sistema jurídico.

La pregunta es ¿cómo debemos entender el Derecho y cuáles son sus componentes básicos? Esta interrogante es la que pretenden responder cada una de las teorías jurídicas analizadas previamente. Sin embargo, para entender el fenómeno jurídico no solo basta analizarlo teóricamente sino también en la práctica. En ella, los modelos jurídicos clásicos obtienen variadas opiniones. El positivismo es generalmente rechazado, particularmente el formalismo, pero en la práctica tiene un gran número de seguidores que aún rinden culto a la ley, por lo que un gran número de operadores se rigen bajo el pensamiento positivista, al menos el incluyente. Por su parte, el realismo es frecuentemente rechazado en su vertiente más radical. Mientras que el naturalismo no tiene un papel tan destacado, salvo que se le identifique con los principios fundamentales emanados de la Constitución.

La finalidad del presente tema es tomar conciencia de que la forma en la que creamos, aplicamos, interpretamos, entendemos o estudiamos el Derecho, la aprendimos: del lugar en donde estudiamos el Derecho y donde nos desenvolvemos profesionalmente. Quienes nos desenvolvemos en un sistema como el mexicano, bajo la tradición del Derecho Civil, lo más probable es que hayamos aprendido la cosmovisión iuspositivista.

Esto mismo aplica para determinar qué tipo de juzgadores tenemos: formalistas, realistas o principalistas. Para los formalistas, el Derecho es obra del legislador, esto es, el Derecho es la ley; su función es aplicar la ley a los casos sometidos a su conocimiento y resolución. Para los realistas, el Derecho

no es tanto una obra del legislador sino más bien del juez, por lo que su función también consiste en crear nuevo derecho. Para los principalistas, los principios del sistema jurídico constituyen el fundamento del ordenamiento y por ende todas las normas deben estar inspiradas en aquellos; su función consiste en interpretar las normas en función de los principios jurídicos y utilizarlos también para colmar lagunas normativas.

Sin embargo, es preciso conocer si nuestra forma de pensar y de vivir el Derecho nos aporta la solución o mejor dicho una solución satisfactoria a cualquier problema jurídico. De no ser así, es recomendable buscar y adoptar una cosmovisión jurídica más completa, útil y eficiente para resolver de la mejor manera los problemas jurídicos a los que nos enfrentemos.

En la búsqueda de la doctrina jurídica que fuese más útil para solucionar el problema de los casos difíciles -problemática objeto de la presente investigación- ha sido advertido que tenemos dos dificultades: por una parte, determinar qué elementos jurídicos es posible utilizar (parte sustantiva) y por otra parte qué herramientas utilizar (parte adjetiva), o lo que es lo mismo, con qué y cómo dar solución a los casos difíciles.

A efecto de determinar qué elementos jurídicos es posible utilizar para solucionar los casos difíciles, el modelo jurídico que resulta más útil para dar solución a los problemas jurídicos incluyendo los casos difíciles, es la Teoría Tridimensional del Derecho, ya que al considerar como integrantes del complejo fenómeno jurídico a los aspectos valorativo, fáctico y normativo, es posible servirse de las ventajas o mejores versiones de los tres principales modelos jurídicos, el iusnaturalismo, el iuspositivismo y el iusrealismo, pues a la par se reconoce la importancia de las normas escritas, de los valores que las inspiran y de los hechos sociales que las motivan y que las hacen obsoletas; de forma tal que si en la esfera fáctica existe un hecho no contemplado en la esfera normativa, la esfera axiológica es la que debe dar la solución.

El modelo jurídico en mención constituye un punto ecléctico por excelencia entre las distintas corrientes jurídicas listadas en los apartados precedentes; por una parte, en el punto relativo a las normas jurídicas podríamos recoger los puntos esenciales del positivismo jurídico más atractivo como el formulado por Hart. En segundo término, en el apartado de los hechos (sociales, jurídicos, políticos, económicos) podemos englobar los aspectos esenciales del iusrealismo, la Teoría del Derecho Libre y la Teoría Crítica del Derecho, dado que principalmente se refieren a la actuación del juez por una parte y a la utilidad del Derecho en la realidad social, económica, jurídica y social. Finalmente, en la esfera axiológica del Derecho evidentemente colocamos al Derecho Natural, sin embargo, referido fundamentalmente a los principios generales del Derecho que es una fuente reconocida ampliamente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

En este sentido, si bien debe reconocerse que no es posible que convivan plenamente todas y cada una de las corrientes jurídicas mencionadas, pues del estudio preliminar resulta claro que tienen marcadas diferencias entre sí, lo que se pretende recoger es el enfoque que cada una de ellas aporta de forma esencial, las normas, los hechos y los valores; y la pretensión es armonizar esos tres enfoques para conseguir el fin del Derecho, el equilibrio social. Desde luego, tal pretensión no es sencilla dada la compleja realidad jurídica, política, económica, social e incluso cultural. La labor aparece más factible si tomamos en consideración no las posturas totalitarias de las corrientes clásicas del Derecho sino los principales elementos de sus vertientes incluyentes.

De lo anterior podemos afirmar que el Derecho es una realidad compleja compuesta de la interacción entre los hechos, las normas jurídicas y los valores que las inspiran; pero la concepción del Derecho no está completa sin las herramientas necesarias para crear, aplicar, estudiar o enseñar los contenidos

jurídicos. El Derecho lo compone todo ello, pero lo creamos y lo ejercemos todos quienes realizamos las actividades mencionadas anteriormente.

Este complejo fenómeno jurídico parece más sencillo de comprender bajo la óptica del neoconstitucionalismo, en el que se reconoce la existencia de un documento fundamental al que deben estar orientadas todas las normas y todos los actos jurídicos tanto del Estado como de los particulares, la Constitución. En ella, se elevan a un nivel superior los principales principios jurídicos que regulan el sistema jurídico político, por una parte, así como los principales derechos y libertades de las personas, por otra parte. De esta forma, dado el consenso que se tiene sobre la importancia y papel de la Constitución en el ordenamiento jurídico, es deseable erigir juristas que en lugar del clásico formalismo jurídico, tengan una visión basada en el Estado Constitucional del Derecho.

El ejercicio jurídico en el Estado Constitucional del Derecho requiere de una nueva Teoría del Derecho, alejada del positivismo teórico, que además tenga una nueva orientación: más principios que reglas y omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos⁴¹, lo que indefectiblemente dará lugar a sustentar las resoluciones judiciales en principios, particularmente los emanados de la Constitución y esta, será protegida por el Tribunal Constitucional a través del método de ponderación de principios, cuando sea necesario; mientras que el juzgador ordinario podrá ajustar sus determinaciones en forma fundamental a la Constitución a través de la interpretación de las normas que ordinariamente aplique.

Esta nueva concepción del Derecho supone entonces una mayor demanda de justificación (argumentación) jurídica, tanto en cantidad pero sobre todo en

⁴¹ Luis Eusebio Alberto Avendaño González, *La dogmática de los derechos fundamentales en el siglo XXI. Un estudio al discurso reciente a cargo de la Suprema Corte de Justicia en México*, México, Ed. Universidad Autónoma de Querétaro, 2014, p. 97.

calidad; de ahí la importancia del estudio de la argumentación jurídica, pues si la solución de los problemas jurídicos es posible obtenerla a partir de la Teoría del Derecho, la justificación de esta solución será generada mediante la Teoría de la Argumentación Jurídica.

1.12. Teoría de la Interpretación Jurídica

Los operadores jurídicos trabajan a base de proposiciones jurídicas (generalmente a partir de las normas creadas previamente por el legislador), esto es, lenguaje y texto; por lo que es necesario interpretar ese texto para atribuirle significado y aplicarlo en la solución de los problemas jurídicos. A esta actividad o acto de determinar el significado de un vocablo o frase del lenguaje legal se le conoce como interpretación jurídica.⁴²

Pero también existen otras formas de concebir la interpretación. Ricardo Guastini señala que el vocablo interpretación puede denotar tanto la actividad interpretativa como el resultado o producto de esa actividad. La interpretación puede ser generada tanto en materia actos o comportamientos humanos (sobre las razones o intenciones del sujeto), respecto de acontecimientos o hechos sociales (conjeturar relaciones de causa - efecto) y también tratándose de textos (significado del lenguaje). La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual. Interpretar, en este campo, se refiere a clarificar el contenido o campo de aplicación de una norma.

Señala Guastini que, en un sentido estricto, la interpretación se refiere a la atribución de significado de una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación; esto es, la interpretación cabe solo cuando el texto es oscuro. Pero que en un sentido amplio, la interpretación se refiere a cualquier atribución de significado de una formulación normativa,

⁴² Gerardo Ribeiro Toral, *Verdad y argumentación jurídica*, 2ª. Ed., México, Ed. Porrúa, 2007, pp. 2-3.

independientemente de la existencia de dudas o controversias; es decir, para interpretar no se requiere que el texto sea oscuro.⁴³ El problema que plantea esta distinción es cuándo considerar que se está ante un texto claro o ante un texto oscuro, puesto ello depende del propio entendimiento del operador jurídico.

La labor interpretativa consiste en una labor de descubrimiento del contenido normativo del texto, es decir, no explica lo que dijo el legislador sino que pretende descubrir lo que quiso decir, averiguar cuál es la regla (dispositiva, permisiva o prohibitiva) que contiene el texto normativo. El intérprete tiene como finalidad explicar, descubrir, decidir o atribuir sentido al texto legal, así como en su caso determinar las posibles consecuencias jurídicas.⁴⁴

En relación con la teoría de la interpretación jurídica, Ricardo Guastini distingue entre teorías cognoscitivas -formalistas-, teorías escépticas y teorías intermedias. Las teorías cognoscitivas sostienen que la interpretación es un proceso que tiende a descubrir el significado objetivo de un texto, por lo que no existe espacio para la discrecionalidad judicial. Las teorías escépticas sostienen que la interpretación es la labor decisoria, esto es, privilegian la labor del juez a diferencia de las teorías formalistas, e incluso es posible afirmar que la norma es el resultado de la interpretación del texto legal. Las teorías intermedias se basan en la distinción entre casos fáciles y casos difíciles; en los primeros, el juzgador descubre el significado de la norma, y en los casos difíciles existe solamente la decisión del juez.

Conforme a lo expuesto, un punto medular de esta teoría es el relativo a si la norma se interpreta en todos los casos o solo cuando no es clara; para lo cual,

⁴³ Rodolfo Vázquez (Compilador), *Interpretación Jurídica y decisión judicial*, México, Ed. Fontamara, 2006, p. 19-23.

⁴⁴ Manuel Hallivis Pelayo, *Teoría General de la Interpretación*, México, Ed. Porrúa, 2009, p. 29 y 34.

desde luego, existen dos opiniones antagónicas, quienes opinan que el operador jurídico solo debe interpretar la norma cuando no es clara y quienes afirman que al ser la norma lenguaje, el intérprete atribuye incluso en forma inconsciente significado a los caracteres lingüísticos en los que está formulada la norma. Además, en muchos casos cambian las circunstancias de la realidad en forma tal que el texto de la ley ya no se adecúa.

Para la teoría de la interpretación jurídica, más allá del lenguaje utilizado en las normas jurídicas creadas por el legislador, está el discurso jurídico creado a partir de las normas por el operador jurídico, discurso que constituye el metalenguaje jurídico.

La interpretación no es un acto simple sino complejo, pues requiere un proceso mental y discursivo que abarca desde la asignación del significado de los componentes aislados de un enunciado hasta la asignación final del significado de la norma interpretada, pasando por la justificación de tales asignaciones mediante fuentes aceptables. No obstante, el tiempo empleado en la interpretación varía dependiendo de diversos factores como la complejidad del problema jurídico a que atañe la norma, de la experiencia del operador jurídico, del lenguaje empleado por el legislador (expresiones imprecisas, ambiguas o vagas), que no sea clara la intención del legislador o que exista contradicción de normas.

La interpretación de las normas tiene desafíos interesantes, ya que no obedece a una sola forma de interpretación sino que puede ser generada a partir de una pluralidad de criterios interpretativos, desde los más convencionales como la literalidad hasta los de corte pragmático como el sentido común; respecto de los cuales no existe un criterio objetivo de selección del método interpretativo correcto, sin embargo, debe ser la razón la que guíe este proceso inicial de selección del criterio interpretativo.

Finalmente, en el campo de la interpretación existen diversas posibilidades desde el punto de vista de la persona o institución que la realiza: la interpretación auténtica es la realizada por el autor mismo del documento interpretado; interpretación oficial es la realizada por el órgano estatal en ejercicio de sus funciones; interpretación judicial es la realizada por el órgano jurisdiccional; y la interpretación doctrinal es la realizada por los juristas en obras académicas.⁴⁵

1.13. Teoría de la Argumentación Jurídica

Existe una gran cantidad de técnicas para la creación, aplicación, estudio y enseñanza del Derecho, en los ámbitos legislativo, judicial y pedagógico, con elementos comunes: lenguaje, discurso y razón. De esto se ocupa la Argumentación Jurídica.

La palabra argumentación proviene del término *arguere* que quiere decir “sacar en claro”, o “dejar ver con claridad”. La argumentación jurídica se distingue como el ejercicio de razonamiento que busca que una idea o una explicación sea clara y brille por sí sola.⁴⁶

Una concepción más amplia de la argumentación es un proceso justificativo que consta de diversos pasos, lenguaje y enunciados que median entre un problema inicial planteado y la respuesta al mismo.

La argumentación puede ser entendida de diversas formas: 1) es una actividad mental racional; 2) es una actividad lingüística; 3) es una actividad discursiva; y 4) es una herramienta; que tiene como finalidad: a) ofrecer razones coherentes y consistentes que sostengan la tesis o postura defendida; o b) crear, exponer, aplicar y analizar el fundamento de nuestras decisiones u opiniones. Entonces,

⁴⁵ Rodolfo Vázquez (Compilador), *Op. Cit.*, p. 35.

⁴⁶ Juan Abelardo Hernández Franco, *Op. Cit.*, p. 32.

la argumentación es la actividad mental y lingüística que, por ende, a través del discurso sirve como herramienta para ofrecer razones coherentes y consistentes que sostengan la tesis y postura defendida, o bien, para crear, exponer, aplicar y analizar el fundamento de nuestras decisiones u opiniones.

“Argumentar (razonar) en Derecho consiste simplemente en usar el aparato conceptual y hermenéutico de la jurisprudencia.”⁴⁷ Esta racionalidad depende del ejercicio intelectual basado en el conocimiento científico.

La expresión oral o escrita de los argumentos proporciona información sobre la contundencia, corrección y calidad de las pruebas con las que el exponente apoya su opinión o conclusión; y esta información también nos permite rebatir tales argumentos para justificar una opinión distinta.

En el Derecho, la argumentación juega un papel trascendental porque es el medio por el que se justifica la creación y aplicación del Derecho. En este sentido, el tema central de la argumentación jurídica es la justificación.

La argumentación jurídica se vive además en la ciencia jurídica y en la enseñanza del Derecho, ámbitos que se prestan para analizar, exponer y criticar todo aquello que se considera como Derecho. En este sentido, la principal herramienta del Derecho es la argumentación.

La argumentación puede ser a modo de monólogo o partir de un diálogo. En el primer supuesto, quien argumenta produce un discurso al que se le denomina proposición a la que debe defender ante un interlocutor para dirigir a este mediante una buena razón que lo haga admitir una conclusión; y en el segundo supuesto, se refiere al conjunto de técnicas (conscientes o inconscientes) de legitimación de las creencias y de los comportamientos.⁴⁸

⁴⁷ Rolando Tamayo y Salmorán, Op. Cit., p. 130.

⁴⁸ Christian Plantín, *La Argumentación*, España, Ed. Ariel, 2011, p. 39.

Puede ser formal, material o pragmática. La formal se enfoca en la validez del razonamiento obtenido a partir de ciertas premisas. La material no se centra en la inferencia sino en las premisas y en la conclusión así como en la justificación de cada una de estas. La pragmática se centra en la persuasión del interlocutor o de un auditorio.

Con relación a la argumentación formal, no se centra únicamente en el procedimiento lógico en el que la conclusión deriva de las premisas, sino que su labor fundamental se centra en el descubrimiento de las premisas. Es necesario justificar ambas premisas, la normativa y la fáctica. En cuanto a la primera, es establecida a partir de las fuentes del Derecho, y la segunda a partir de la inferencia probatoria.

El estudio de la argumentación jurídica podría ceñirse únicamente al ámbito teórico descriptivo, es decir, señalar qué es o cómo debe ser la argumentación, especificar las reglas para hacerlo correctamente, señalar los errores comunes en lo que se puede incurrir, pero la labor quedaría incompleta si el estudio no aborda también la práctica de la argumentación jurídica, esto es, analizar la forma en la que se argumenta en los tribunales. De hecho, para aprender a argumentar es necesario conocer la teoría pero de igual importancia es conocer la práctica; en el Derecho no se aprende a argumentar sino argumentando.

1.13.1. Tópica y Nueva Retórica

La retórica Aristotélica fue retomada mucho tiempo después por la Escuela tópico-retórica encabezada por Theodor Viehweg. La argumentación propuesta por Viehweg se basa en la tópica como un arte que permitiera hallar los tópicos adecuados y pertinentes para resolver el caso concreto. Los tópicos son lugares comunes o puntos de vista que gozan de una aceptación generalizada.

La tónica es el arte de hallar los argumentos. Sin embargo, el problema esencial con el uso de estos tópicos es que no están jerarquizados entre sí, de manera que para la resolución de una misma cuestión cabría utilizar tópicos distintos que llevarían también a resultados diversos.⁴⁹

Chäim Perelman desarrolló lo que se conoce como la Nueva Retórica, un intento de introducir el elemento de racionalidad en las discusiones. Según este autor, el concepto de decisión razonable varía no solo histórica -de un momento a otro- y socialmente -de una sociedad a otra- sino que también dentro del mismo momento histórico y medio social puede haber una pluralidad de decisiones razonables.⁵⁰ Perelman dirigió sus estudios a examinar la técnica lingüística para persuadir y convencer por medio de estructuras argumentativas, basándose en la razón práctica para la búsqueda de decisiones razonables.

En la actualidad, se concibe a la retórica como “la ciencia del discurso que nos permite estructurar los argumentos para persuadir, o en su caso, convencer a un auditorio determinado”⁵¹, o como el arte de hablar de manera correcta en público con el propósito de conseguir la adhesión de un auditorio particular mediante técnicas de persuasión, el arte de encontrar lo que es adecuado en cada caso para persuadir. La persuasión se logra conmoviendo o convenciendo por medio de la personalidad del orador, con la capacidad de poner al oyente en una cierta situación emocional o por el don de delinear de tal manera la exposición que con éxito pueda mostrar algo como verdadero o probable.⁵²

⁴⁹ *Ibidem*, p. 34 y 38.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 72

⁵¹ Gerardo Dehesa Dávila, *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, 4ª ed., México, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 67.

⁵² *Ibidem*, pp. 42 y 83.

En la argumentación retórica se pueden distinguir tres elementos: el discurso, el orador y el auditorio. Los argumentos retóricos están dirigidos a un hipotético auditorio universal al cual no se le presentan verdades evidentes sino que se le muestra el carácter razonable -plausible- de una determinada decisión u opinión, con la pretensión de lograr su adhesión utilizando como único medio el lenguaje.

Para desarrollar una argumentación hay que partir de lo que se admite inicialmente, esto es, los puntos de acuerdo. Perelman señala cuatro acuerdos previos: sobre los hechos, sobre las presunciones, sobre los valores y sobre la existencia y la interpretación de las reglas de Derecho a partir de textos legales y de la jurisprudencia.⁵³ Al respecto de los valores, se les asigna el carácter de instrumentos de persuasión por excelencia, sin embargo, son también los elementos de mayor abstracción y existen múltiples puntos de vista para explicarlos y aplicarlos.

Las partes de un discurso retórico son: exordio, narración, confirmación (argumentación), epílogo, refutación y conclusión. La primera parte del discurso tiene como objetivo atraer la atención y simpatía del auditorio hacia el orador; la narración debe ser clara y lúcida mediante el uso de un lenguaje adecuado para mostrar y explicar los hechos; la argumentación es la parte central del discurso, en donde se presentan los razonamientos lógicos que van encaminados a convencer; el epílogo es la recapitulación de los puntos esenciales del discurso; la refutación sirve para contra argumentar las razones aducidas por la parte contraria; y la conclusión es la terminación del discurso.⁵⁴

Un buen discurso requiere de ingenio y memoria del orador para elaborar, esquematizar y presentar su exposición, sin perder de vista la idea principal de

⁵³ Gerardo Ribeiro Toral, *Op. Cit.*, p. 123.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 84-85.

su discurso, su objetivo y el tipo de público al que está dirigido el tema objeto de la disertación.

Los argumentos empleados en el discurso deben ser:

- Pertinentes (relacionados con el tema).
- Objetivos (que no se dejen llevar por los prejuicios, afirmaciones precipitadas e irreflexivas, por el coraje, la ira o por la burla).
- Suficientes (que prueben con eficacia y eficiencia lo que se defiende).
- Diversos (primero los argumentos de mayor peso y después los de menor peso).
- Exhaustivamente desarrollados.
- Continuos unos con otros.
- Progresivos (evitando reiteraciones inútiles o argumentos circulares).
- Coherentes.⁵⁵

Lo atractivo de la retórica es que por medio del discurso podemos construir una visión de la realidad, por lo que puede convertirse en un arma sutil y a la vez poderosa que puede incluso arrebatar la inteligencia del individuo principalmente con el uso de argumentos emotivos expuestos en enunciados cortos y contundentes lo suficientemente plausibles para seducir, enamorar, irritar o manipular a una sola persona o a todo un auditorio.

La diferencia entre la retórica y la argumentación es que la primera busca la persuasión mientras que la segunda pretende mostrar que un argumento es correcto porque no puede ser vencido. El discurso en la argumentación no busca persuadir, disuadir o convencer sino que contiene un reto para ser vencido con mejores argumentos.

⁵⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Elementos Indispensables de Retórica para Jueces, Litigantes y Público en General*, México, Ed. Poder Judicial de la Federación, 2009, pp. 48-54.

1.13.2. Ronald Dworkin

Ronald Dworkin es un filósofo del Derecho que sentó un nuevo paradigma en la ciencia jurídica, un referente obligado en la filosofía jurídica contemporánea. Su modelo puede ser caracterizado como principalista.

En contra del positivismo jurídico, estableció la existencia de principios además de las reglas como elementos del Derecho. Señala principalmente: que los principios se dividen en directrices -que fijan objetivos de carácter económico, social o político- y los principios en sentido estricto -exigencias de tipo moral que establecen Derechos-; que los Derechos también pueden ser relativos, ya que un principio podría tener que ceder ante otro o incluso ante una política urgente con la cual compite respecto de determinados hechos (“podemos definir el peso de un derecho suponiendo que no sea absoluto, como su poder para resistir una competencia”⁵⁶); que existe un caso difícil si existe incerteza, sea porque existe varias normas que determinan sentencias distintas -normas contradictorias- o porque no existe norma exactamente aplicable,⁵⁷ pero que el material jurídico compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado.

Para hacer frente a tales casos, Dworkin creó en forma ficticia un personaje llamado Hércules, un juez de alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, que acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del Derecho y que se ajusta a las decisiones anteriores de su tribunal o de tribunales superiores. El método que utiliza es: 1) localizar primero el problema jurídico y seleccionar todas las normas jurídicamente relevantes relacionadas con el problema; 2) interpretar el material seleccionado de manera consistente

⁵⁶ Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ed. Ariel, 2009, p. 160.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 13.

y coherente, optando por la interpretación compatible con el material jurídico y que proporcione la mejor justificación, la más atractiva desde un punto de vista político y moral, basándose en principios de justicia e imparcialidad política; y 3) realizar la aplicación al caso concreto.

La postura más polémica respecto del pensamiento de Dworkin es su señalamiento de que en los casos difíciles existe una única solución correcta. El principal inconveniente de su teoría es que la única respuesta correcta que propone no podría ser alcanzada por un juez real, y en ese sentido solo permanece como un objetivo inalcanzable pero deseable.

Sin embargo, en su obra podemos apreciar las siguientes afirmaciones: “Mis argumentos suponen que frecuentemente hay una sola respuesta correcta a complejas cuestiones de Derecho y moralidad política. La objeción responde que en ocasiones no hay una sola respuesta, sino solamente respuestas.”⁵⁸ Señala asimismo que el mito de que en un caso difícil hay una única respuesta correcta es tan recalcitrante como afortunado.

Dworkin reconoce que ningún juez real tiene poderes siquiera semejantes a los de su criatura ficticia, pero afirma que en todo caso ese es un problema del juez, no del Derecho, es decir, que el Derecho puede solucionar cualquier laguna pero los jueces están limitados para encontrar dichas soluciones. No obstante, reconviene que tales limitaciones no deben ser excusas para no intentar encontrar la mejor respuesta, la cual se encuentra en los principios que, por oposición a las reglas, son la garantía de la objetividad en el Derecho.

⁵⁸ *Ibídem*, p. 396.

1.13.3. Aleksander Pchenik

La premisa fundamental de Aleksander Peczenik es que los valores morales juegan un papel importante en el razonamiento jurídico con el propósito de interpretar el texto de la ley de la manera más justa posible.

Señala el autor que la argumentación jurídica pretende ser correcta cuando está basada en razones coherentes mediante la ponderación de principios. El objetivo de la argumentación jurídica no es demostrar que un enunciado normativo es absolutamente razonable, sino simplemente que es razonable dentro del marco del Derecho válido.⁵⁹

1.13.4. Jürgen Habermas

Habermas señala que la razón última del Derecho es la razón práctica. Ésta exige que distingamos entre normas, principios justificatorios y procedimientos conforme a los cuales podemos examinar si las normas pueden contar con el asentimiento de todos. Precisamente a esos principios justificatorios de razón práctica se les conoce en el Derecho de los países neorrománicos como *principios generales del Derecho*.

Señala que los argumentos deben ser convincentes para cualquier ser racional, concretamente para el auditorio universal. La legitimidad de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales es dada por la calidad de sus argumentos y por la estructura del proceso de argumentación.

1.13.5. Neil MacCormick

La teoría de MacCormick ha contribuido grandemente en el planteamiento de lo que se ha denominado la teoría estándar de la argumentación jurídica. Concibe

⁵⁹ Gerardo Ribeiro Toral, *Op. Cit.*, p. 176.

a la argumentación jurídica como una actividad lingüística producida en el discurso jurídico, que es un caso especial del discurso práctico.

Presenta su teoría sobre el razonamiento jurídico como una especie del razonamiento práctico cuya corrección se obtiene del cumplimiento de ciertas reglas que vinculan al juez en sus determinaciones, por lo que no admite la discrecionalidad judicial.

Otorga gran importancia a los principios, pues afirma que son necesarios para justificar una decisión en un caso difícil. Sin embargo, admite que un argumento basado en algún principio no es concluyente, como si lo es uno basado en alguna norma obligatoria. Otro inconveniente es que los principios requieren de valoraciones y justificación en su aplicación. Además, el orden valorativo puede ser dado en la Constitución, extraerse del ordenamiento jurídico en su conjunto, obtenerse de las convicciones y consensos existentes o recurrir a principios suprapositivos.

Respecto de los aludidos casos difíciles, este autor fija su postura en cuanto a que no puede pretenderse la existencia de una única respuesta correcta.

1.13.6. Robert Alexi

Alexi señala que el centro de su trabajo como filósofo del Derecho es la conexión entre el Derecho y la razón. Opina que sus obras son una contribución para la fundación de una teoría de la argumentación jurídica racional, con la pretensión de que algún día se encuentre completamente desarrollada y pueda arrojar luz sobre el carácter de la ciencia jurídica como disciplina normativa y que sirva de apoyo al jurista práctico en su actividad.

Indicó que la función práctica o técnica de la argumentación jurídica es que esta debe ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir,

interpretar y aplicar el Derecho. Para ello, señala, se debe ofrecer un método que permita reconstruir el proceso real de la argumentación y una serie de criterios para juzgar acerca de su corrección.

El modelo jurídico desarrollado por Alexi se integra por procedimientos argumentativos y normas que a su vez se dividen en reglas y en principios. Estos últimos son la pieza central de su teoría del discurso, tan es así que de la observancia de ellos depende la racionalidad de la argumentación, misma que se mide de sistema a sistema jurídico, considerando su Derecho vigente, sus criterios interpretativos establecidos en la jurisprudencia y los conceptos de la ciencia jurídica.⁶⁰

El discurso aparece como un medio para comprobar la verdad o corrección de las proposiciones,⁶¹ entendiendo por verdad no la correspondencia entre enunciados y hechos sino como la correspondencia con el potencial asentimiento de los demás. Para lograr el consenso o acuerdo en el discurso moral, desarrolló cuatro pretensiones de validez:

- a) Elaborar enunciados inteligibles;
- b) Comunicar contenidos preposicionales verdaderos para que el oyente pueda compartir el saber del hablante;
- c) Manifestar las intenciones del hablante verazmente para que el oyente pueda creer en sus emisiones; y
- d) El hablante tiene que elegir una emisión correcta en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar sus enunciados de modo que puedan, en principio, coincidir entre sí.⁶²

⁶⁰ Víctor Manuel Rojas Amandi, *Argumentación Jurídica*, México, Ed. Oxford, 2010, p. 70.

⁶¹ Robert Alexi, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. Centro de Estudios Constitucionales, Perú, Ed. Palestra, 2010, pp. 254-255.

⁶² Jaime Cárdenas Gracia, *Op. Cit.*, pp. 74-75.

Robert Alexi deja en claro que los cánones no ofrecen una garantía de encontrar el único resultado correcto, solo ofrecen que la argumentación jurídica pueda cumplir con la pretensión de corrección. Afirmó también que una única respuesta correcta para cada cuestión práctica es una tesis que tiene poco en su favor y contra la que se puede aducir mucho. Con esto también se admite que respuestas diversas sean racionales al mismo tiempo al fundamentarse discursivamente. Por ende, respecto de la tesis de la única respuesta correcta o verdadera que formuló Dworkin, al juez le corresponde la tarea de aproximarse a este ideal lo más posible.

1.13.7. Manuel Atienza

Menciona Atienza que en la argumentación pueden distinguirse los siguientes elementos: lenguaje, una conclusión, una o varias premisas y una relación entre las premisas y la conclusión; con la acotación de que "la clave del razonamiento jurídico no se encuentra en el paso de las premisas a la conclusión, sino en el establecimiento de las premisas."

Atienza menciona los siguientes factores como causas del auge de la argumentación jurídica:

- De naturaleza teórica, tratando de llenar ese vacío teórico en cuanto a la argumentación jurídica.
- De orden práctico, particularmente en los Derechos del Estado Constitucional, sobre todo en la cultura anglosajona pero con influencia hacia la tradición romano germánica.
- Vinculación hacia un cambio general en los sistemas jurídicos con el paso del "Estado legislativo" al "Estado constitucional" (división del poder entre los órganos estatales, ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, interpretación y aplicación del Derecho, y mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes; de hecho,

el ideal del estado constitucional supone el sometimiento del poder al Derecho mediante la razón).

- Elemento de tipo pedagógico, pues la enseñanza del Derecho se ha vuelto más hacia la práctica, lo que significa una práctica más volcada hacia el manejo del material jurídico que hacia los contenidos del Derecho.
- El último factor es de tipo político, debido a que las sociedades occidentales han perdido legitimidad de la autoridad y de la tradición, se ha requerido el consentimiento de los afectados dentro de una democracia, por lo que se requiere una argumentación racional que busque no solamente la persuasión sino la corrección.⁶³

En cuanto al Derecho natural afirma que el jurista ya no necesita de aquél para realizar su labor sino solo para llenar las lagunas jurídicas o para negar la validez jurídica a algunas normas particularmente injustas. Además, que al incorporarse ciertos parámetros valorativos en los derechos fundamentales, por una parte ha sido pulverizada la tesis positivista y por la otra el papel del derecho natural ha sido tomado por la Constitución. Así, ambas corrientes jurídicas han cerrado sus ciclos dando paso al constitucionalismo.

Una característica distintiva de la teoría estándar de la argumentación jurídica, a la que se adscribe el autor en cita, es la distinción entre casos fáciles y casos difíciles. Señala que en relación con los primeros, el ordenamiento jurídico provee una respuesta que resulta clara, por lo que la solución solo requiere del silogismo judicial; mientras que en los segundos, que se presentan cuando existen dudas sobre la premisa normativa -derecho incompleto o inconsistente, ambigüedad, vaguedad o textura abierta de los conceptos jurídicos-, sobre la premisa fáctica o ambas, cabe proponer más de una respuesta correcta.

⁶³ Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *Op. Cit.*, pp. 8-13.

Atienza agrega un tercer tipo a la clasificación, los casos trágicos, un tipo especial de caso difícil en los que no puede haber una solución satisfactoria porque forzosamente debe sacrificarse alguno de los valores en juego y al juez corresponde elegir el mal menor. Para estos casos, Atienza afirma que no existen respuestas correctas sino solo respuestas, unas mejores que otras.

Reconoce a los jueces como creadores de Derecho e indica que "...para ser un buen juez no basta con conocer el Derecho positivo, pues por sí solo este no garantiza que sea capaz de alcanzar soluciones adecuadas y justificarlas satisfactoriamente. Se requiere no solo estar actualizado en cuanto a cambios legislativos, conocer la práctica jurisprudencial, algunas disciplinas auxiliares o ciertas técnicas de gestión. Se necesita además poseer una extensa cultura general y, sobre todo, una buena formación teórica."⁶⁴ Considera además que hay que reconocer que en la aplicación del Derecho no solo se requiere de razón sino también de pasión, ya que es necesario incluir tanto en las leyes como en las sentencias, un grado cada vez mayor de compasión y generosidad.

Asimismo, formula de la siguiente manera lo que llama los límites de la razón:

- No se puede encontrar o no existe una única respuesta correcta para cada caso jurídico dado que a partir de los criterios de racionalidad práctica generalmente aceptados pueden justificarse a menudo diversas respuestas que habría que considerar correctas.
- Lo anterior no quiere decir que no exista al menos una decisión correcta.
- Hay que reconocer que en la aplicación del Derecho no solo se tiene la necesidad de la razón sino también de los pensamientos, de las pasiones.⁶⁵

⁶⁴ Manuel Atienza, *Cuestiones Judiciales*, México, Ed. Fontamara, 2008, p. 147.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 20-21.

1.14. El argumento y sus formas

Dar un argumento significa ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión.⁶⁶

El argumento puede ser de tres tipos generales: apodíctico, dialéctico y retórico. El primero aparece como necesario, el segundo es demostrable científicamente y el tercero es persuasivo, opinable. A su vez, cada uno de estos tipos de argumentos agrupan diversas formas de argumentos que analizaremos enseguida, de los cuales, autores como Robert Alexi conceden prevalencia a los argumentos semánticos (gramaticales) y genéticos (voluntad del legislador) sobre los demás, pero en realidad no existe una tabla de valores específicos para cada argumento.

El hecho de conocer qué tipos de argumentos existen, sus características y funcionalidad nos permite saber cuál de ellos utilizar para cada caso según el objetivo buscado, nos hace aptos para argumentar con corrección y además nos brinda el beneficio de poder señalar bajo qué tipo de argumento realizamos una proposición u obtuvimos una conclusión, lo cual también posibilita una discusión jurídica de mejor calidad. En el terreno de las resoluciones judiciales brinda mayor certeza jurídica al gobernado por darle a conocer más detalles sobre la decisión judicial.

Clasificados como argumentos apodícticos encontramos los siguientes: de autoridad, analógico, a partir de principios generales del Derecho, sistemático, teleológico, económico o de la no redundancia, histórico, a contrario sensu y el argumento a fortiori.

⁶⁶ Anthony Weston, *Las Claves de la Argumentación* [trad. Jorge F. Malem Seña], España, Ed. Ariel, 2007, p. 11.

El argumento de autoridad permite utilizar proposiciones jurídicas realizadas por otros operadores jurídicos siempre y cuando estos revistan el carácter de autoridad, posean prestigio o una determinada posición en el medio académico, jurisdiccional o jurídico, para hacer pertinente el argumento. En cualquier caso debe ser citada la fuente para posibilitar la verificación de corrección del argumento. Por ejemplo, en México los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por los Tribunales Colegiados de Circuito, conforme a las reglas establecidas en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, son argumentos de autoridad en materia de interpretación de las normas escritas y como fuente de Derecho de conformidad con el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El argumento analógico es una técnica de autointegración de normas jurídicas que permite dar solución a un caso determinado extendiendo el principio o regla previstos para un caso o situación distinta: ante la misma razón (*a símili*), la norma debe ser la misma.

La identidad de razón se refiere a la finalidad -del legislador o de la ley-, al principio que sirve de fundamento a la ley -su esencia- y al objeto de la ley en relación a los intereses jurídicamente protegidos.⁶⁷

Para la aplicación de la analogía se requiere que exista una semejanza esencial entre ambos supuestos; por lo tanto, el primer problema con el uso de este argumento es determinar cuando existe una semejanza esencial, que no es lo mismo que identidad porque si ambos casos fuesen idénticos no sería necesario el uso de la analogía. En este sentido, no es permitida la analogía: a) cuando no existe tal similitud, b) cuando la regla no pertenezca al mismo ámbito jurídico del caso no regulado o c) cuando exista una disposición legal que prohíba su empleo.

⁶⁷ Gerardo Dehesa Dávila, *Op. Cit.*, p. 415.

Un ejemplo de un argumento analógico en el Derecho del Trabajo en México podemos advertirlo de los depósitos de contratos colectivos de trabajo ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, concretamente la problemática que surge cuando son presentados dos contratos de tal naturaleza, celebrados por el mismo patrón y con idéntico ámbito de aplicación territorial -domicilio- y laboral -tabulador de puestos-. En tales casos, la Ley Federal del Trabajo no faculta expresamente a la autoridad laboral para rechazar el depósito del segundo contrato, sin embargo, existe una disposición laboral que regula un caso semejante: el artículo 923 de la Ley Federal del Trabajo dispone que la Junta de Conciliación y Arbitraje debe negar el trámite de un emplazamiento a huelga que tiene por causal obtener la firma de un contrato colectivo de trabajo, cuando ya existe un contrato colectivo de trabajo depositado ante la Junta competente. Existe una semejanza esencial entre ambos casos porque tanto la presentación de un contrato colectivo de trabajo para su sanción como el procedimiento de huelga para la celebración y firma de un contrato colectivo de trabajo persiguen que la Junta de Conciliación y Arbitraje registre el depósito de un nuevo contrato colectivo de trabajo, y en ambos casos, ya existe un contrato previamente depositado y aplicable para la misma fuente de trabajo. El impedimento que existe para tramitar un procedimiento de huelga sirve para evitar la duplicidad de contratos colectivos de trabajo y esta misma razón priva en ambos supuestos, por lo que igualmente debe ser negado el depósito de un contrato colectivo de trabajo cuando ya existe otro previamente depositado.

El argumento “a partir de los Principios Generales del Derecho” es también una forma de integración del Derecho mediante la aplicación de los principios generales del Derecho. El problema con el uso de los principios es precisamente su generalidad (algunos son aplicables para todo el ordenamiento y otros solo a alguna materia), además de que no existe certeza ni consenso general sobre cuántos son y dónde están. En materia penal es frecuente el uso del principio “*in dubio pro reo*” cuando el Ministerio Público no

logra acreditar en forma plena a culpabilidad del reo y el Juez, ante la duda, debe absolver.

El argumento sistemático sirve para entender una institución, una figura procesal o cualquier elemento jurídico a la luz de todas las disposiciones normativas de un determinado cuerpo normativo o sistema jurídico. La razón de ser del argumento sistemático es que un sistema jurídico hace referencia a un todo constituido por disposiciones normativas estructuradas y ordenadas en forma coherente.

Este argumento toma en consideración el sistema al que pertenece la norma que ha de ser aplicada. La idea es armonizar dicha norma con las demás disposiciones relacionadas con la misma institución o figura jurídica a la que pertenece aquella (esta tarea se facilita con las divisiones temáticas acostumbradas en las codificaciones legales).

El método sistemático puede ser utilizado para interpretar, para integrar o para solucionar contradicciones entre dos disposiciones jurídicas. Engloba a su vez tres argumentos distintos: argumento a *coherentia* que se utiliza para interpretar enunciados legales tomando en cuenta que no pueden expresar normas incompatibles entre ellas; el argumento *sedes materiae* que sirve para atribuir significado a un enunciado dudoso teniendo en cuenta el lugar que ocupa en el texto normativo del que forma parte; y el argumento sistemático en sentido estricto, utilizado para atribuir significado de acuerdo con el contenido de otras normas de su mismo contexto jurídico.⁶⁸

Para integrar una norma jurídica que supla un vacío legal, se requiere hacer un combinado de disposiciones jurídicas extrayendo los fragmentos necesarios

⁶⁸ *Ibidem*, p. 461.

para componer una nueva norma que dé solución al caso cuya solución no está expresamente prevista por otra norma jurídica.

Cuando surge una contradicción entre normas jurídicas del mismo sistema, existen tres reglas para superar la contradicción: la norma de superior jerarquía prevalece sobre la inferior (criterio de jerarquía); la norma posterior deroga a la anterior (criterio de temporalidad); y la norma especial deroga a la general (criterio por materia).

Como ejemplo de este tipo de argumento podemos citar igualmente el depósito de contratos colectivos de trabajo: el caso de un segundo contrato cuando ya existe uno previamente depositado ante la Junta de Conciliación y Arbitraje. Señalamos anteriormente que la Ley Federal del Trabajo no contiene alguna disposición expresa que permita a la autoridad laboral negar el depósito del segundo contrato, no obstante, en dicho cuerpo normativo existen diversos preceptos con los que es posible superar el aparente vacío legal, estos son los artículos 388, 389 y 390. De estos advertimos que: a) es posible que dentro de una misma empresa concurren distintos sindicatos pero que el contrato colectivo de trabajo debe ser celebrado por el sindicato que represente al mayor número de trabajadores de la empresa; b) una vez celebrado el contrato por escrito, este debe ser depositado ante la Junta de Conciliación y Arbitraje; y c) en caso de que el sindicato que haya celebrado el contrato pierda la representación sobre la mayoría de los trabajadores de la empresa y dicha pérdida sea declarada por la Junta de Conciliación y Arbitraje, esto produce que el sindicato contratante pierda la titularidad del contrato colectivo de trabajo. De lo anterior, es claro que solo debe existir un contrato colectivo de trabajo, el celebrado con el sindicato que represente a la mayoría de los trabajadores de la empresa; y dicho contrato es el que debe estar depositado ante la Junta de Conciliación y Arbitraje; pero para el caso que el sindicato titular del contrato no represente a la mayoría de los trabajadores de la empresa, el sindicato realmente mayoritario tiene la facultad de acudir en la vía

procedente para reclamar que el sindicato contratante ha perdido (o no tiene) la representación de los trabajadores y por consecuencia la titularidad del contrato. Por eso es que no debe admitirse la duplicidad de contratos colectivos de trabajo, pues lo legalmente conducente es que una vez depositado el primero, un sindicato diverso puede reclamar la titularidad del contrato por los cauces legales conducentes en lugar de intentar depositar otro contrato de igual naturaleza jurídica.

El argumento teleológico es una técnica de argumentación de tipo funcional puesto busca la finalidad de la norma, del precepto, de la materia, de la institución, del Derecho o incluso de la sociedad. Por tanto, su función es básicamente interpretativa, la cual se realiza en función de esa finalidad. Se usa como una forma de atemperar el rigor formalista de la ley, por lo que con frecuencia se supera el texto mismo de la ley; por lo que para evitar riesgos de subjetividad en la aplicación de este método debemos indagar objetivamente los fines que tomó en cuenta el legislador al crear la norma, para lo cual podemos acudir al análisis de: los trabajos preparatorios de la ley, la iniciativa de ley, el diario de debates, la realidad social imperante que motivó la norma o el texto de la propia norma para extraer el bien jurídico tutelado.

En este caso podríamos tomar como ejemplo el recién reformado artículo 373 de la Ley Federal del Trabajo, que dispone que “la directiva de los sindicatos, en los términos que establezcan sus estatutos, deberá rendir a la asamblea cada seis meses, por lo menos, cuenta completa y detallada de la administración del patrimonio sindical.” Este precepto normativo puede dar lugar a interpretaciones encontradas dada su estructura, pues por un lado parece señalar que la obligación de rendir cuenta de la administración del patrimonio sindical no es dispensable, debe hacerse cada seis meses, siguiendo los lineamientos (en cuanto a la forma) que dispongan sus estatutos; pero una interpretación diversa puede llevarnos a entender que la obligación de rendir cuenta depende de lo que establezcan los estatutos, de tal forma que si

estos no disponen nada acerca de la rendición de cuentas, la obligación en comento es dispensable y solo podría ser exigible a través del procedimiento señalado en el penúltimo párrafo del mismo artículo legal. Sin embargo, tomando en consideración la exposición de motivos de la iniciativa de reforma que formuló el titular del Ejecutivo Federal y que apareció publicada en la Gaceta Parlamentaria, año XV, número 3595-II, del martes cuatro de septiembre de dos mil doce, en el punto número veintiuno se señala que la reforma tiene por objeto fortalecer la rendición de cuentas por parte de la directiva de los sindicatos. Así, una interpretación del artículo precitado conforme a los motivos que dieron lugar a su reforma, nos lleva a considerar que la obligación de rendir cuentas por parte de la directiva de los sindicatos no es dispensable, lo dispongan o no sus estatutos, pues de esta forma se garantiza la finalidad de la norma que es fortalecer la rendición de cuentas.

El argumento económico o de la no redundancia es aquél que ante dos normas aparentemente redundantes, considera que el legislador no repite disposiciones jurídicas y consecuentemente excluye dicha redundancia atribuyendo un significado distinto a la norma jerárquicamente inferior o menos general.

Al respecto, tomemos como muestra lo que disponen los artículos 14 -párrafo segundo- y 16 -párrafo cuarto- de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El primero establece que nadie puede ser privado de la libertad, propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Por su parte, el segundo precepto constitucional prevé que en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Así que por un lado se indica que ninguna persona puede ser privada de su libertad o de algún derecho sino

mediante juicio y conforme a las formalidades prescritas, pero por otro lado se autoriza la detención aún mediante persona que no sea autoridad, en los casos de delito flagrante. Existe por tanto una aparente contradicción entre ambos preceptos constitucionales, uno que permite la detención de la persona en los casos de delito flagrante, sin la existencia de juicio previo, y otro que prohíbe la privación de la libertad -incluso la libertad deambulatoria- sin que exista juicio. La contradicción aparente es descartada considerando que el legislador no es redundante, no permite y prohíbe al mismo tiempo, por lo que debe entenderse que en el primer supuesto se habla de actos de autoridad privativos y en el segundo supuesto actos de molestia, dado que no constituye una privación de la libertad sino una medida provisional que tiene por objetivo impedir que la persona que ha cometido un delito, y es observada en flagrancia, escape.

No obstante lo anterior, es preciso señalar que el argumento no es del todo certero, ya que parte de la premisa “que el legislador no se equivoca” o “que no es redundante”; premisa que resulta falsa porque el legislador -considerado individualmente- es un ser humano y como tal es falible y redundante. Para muestra los artículos 448 y 902 de la Ley Federal del Trabajo, preceptos con texto idéntico y que por ende constituyen una redundancia expresada en idénticos términos.

El argumento histórico se subdivide en estático o conservador y dinámico o evolutivo. La posición estática pretende apegarse a la voluntad del legislador que emitió la norma en estudio, mientras que la posición dinámica sostiene que ante la naturaleza dinámica del Derecho, la interpretación de la norma debe adaptarse a las nuevas circunstancias sociales, esto es, no puede vincularse a un legislador que tal vez ya ni existe.

Conforme a la Ley Federal del Trabajo -anterior a las reformas publicadas el primero de diciembre de dos mil doce- en el apartado correspondiente al registro de los sindicatos, de los contratos colectivos de trabajo y de los

reglamentos interiores de trabajo, en ninguno de ellos se preveía que el ciudadano que no formara parte del sindicato o que no estuviere tutelado por el contrato o el reglamento, tuviera derecho a que la autoridad registradora le permitiera el acceso al contenido de los expedientes o archivos para conocer el contenido de los documentos relativos al registro del sindicato, al contrato o al reglamento. No obstante, una interpretación histórica evolutiva conforme a la tendencia para privilegiar el derecho de los ciudadanos a estar informados conducía a considerar que independientemente de que en la Ley Federal del Trabajo no existía una disposición que expresamente obligara a la autoridad a autorizar la consulta de los expedientes referidos al público en general, la nueva tendencia del derecho al acceso a la información contenido en el artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, obliga a todas las autoridades -incluidos los tribunales laborales- a permitir el acceso gratuito a la información pública sin necesidad de que el ciudadano acreditara su interés jurídico.

El argumento *a contrario sensu* se basa en la presunción de que si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces tal norma se refiere solo a esa hipótesis, rechazando la aplicación a cualquier otro caso distinto.⁶⁹ Así que se trata de un argumento que utiliza la interpretación literal y restrictiva de la norma, la cual considera no es factible abandonar. Usa como premisa que el legislador formuló la norma tal como lo quería hacer y no contempló en ella lo que no quiso decir, pues si lo hubiera querido lo hubiera dicho.

Como modelo es factible citar el artículo 307 del Código Civil para el Estado de Querétaro, mismo que expone las causas por las cuales cesa la obligación de dar alimentos. Conforme a dicho precepto legal, si en un caso concreto no queda acreditada la existencia de alguna de las causas que expresamente

⁶⁹ Rodolfo Vázquez (Compilador), *Op. Cit.*, pp. 170-171.

enumera, a *contrario sensu*, no procede decretar que ha cesado la obligación de dar alimentos.

El argumento *a fortiori* sirve para permitir o prohibir algo que no está expresamente contemplado en una norma pero sí en otra con la que comparte el mismo tipo de razón pero en un grado distinto (lo que es distinto a compartir una razón similar como sucede en el argumento analógico). Puede resumirse así: si la norma autoriza lo más, por mayor razón permite lo menos; y si prohíbe lo menos, con mayor razón prohíbe lo más.

Un ejemplo clásico para este tipo de argumento es la prohibición de ingresar con un león o un oso a un parque recreativo, pues no obstante que en el reglamento del parque o en los letreros de este solo se prohíba expresamente la entrada con perros al considerar que estos son peligrosos para las personas especialmente para los niños, por mayor razón debe prohibirse la entrada con leones o con osos (aunque no se indique expresamente) porque estos son más peligrosos para las personas que los perros.

En otro apartado, los argumentos de tipo dialécticos se dividen en: topográfico, a rúbrica, a *cohaerentia*, pragmático, de interpretación forzosa y *reductio ad absurdum* o apagógico.

Por medio del argumento topográfico una norma es interpretada a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte, bajo la premisa de que no es casualidad que esté en ese lugar. Por ejemplo, el artículo 489 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro dispone que tanto en el escrito de demanda como en el de contestación y en su caso en la reconvencción y contestación de ésta, las partes deben ofrecer todas sus pruebas; y aunque no diga que tales escritos de demanda y de contestación son los relativos a los juicios hipotecarios, este artículo se halla dentro del capítulo relativo al juicio hipotecario, por lo que debe entenderse que se refiere

exclusivamente al juicio hipotecario y por ende es inadmisibile que la misma disposición pueda ser aplicable para un juicio de distinta naturaleza como el procedimiento ordinario.

El argumento a rúbrica es aquél por medio del cual se interpreta una norma atendiendo a los títulos y a las divisiones legales a los que pertenezca dentro de un cuerpo normativo.

Los artículos 137 y 164 del Código Civil para el Estado de Querétaro sirven para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio en opinión del legislador. Bajo lo dispuesto en el primer artículo, “el matrimonio es una institución en la que se establece un vínculo jurídico por la unión de un hombre y una mujer, que, con igualdad de derechos y obligaciones, son la base del nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable”; pero conforme al segundo precepto legal en cita, el régimen de bienes con el que es celebrado el matrimonio, es un contrato, tal como lo podemos advertir del capítulo dentro del cual el Código Civil para el Estado de Querétaro establece lo relativo al “contrato de matrimonio con relación a los bienes”. Así, el acuerdo que realizan los cónyuges con relación a sus bienes es un contrato, al cual se le denomina régimen de bienes, pero no podemos señalar que el matrimonio sea un contrato porque el legislador lo llamó institución y la palabra contrato solo está puesta en el título del capítulo que especialmente regula los regímenes de bienes y no en la parte general que regula al matrimonio.

El argumento a *cohaerentia* parte del principio de coherencia del sistema normativo. Se trata de un argumento cuya finalidad es resolver posibles antinomias entre dos o más normas jurídicas mediante el rechazo del significado de un enunciado que lo hace incompatible con otras normas del sistema, para atribuir un significado que sea coherente con el resto del ordenamiento.

Por ejemplo, es incorrecto que exista contradicción entre los artículos 276 y 289 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro, pues si bien el primero mencionado establece que “...el juzgador puede valerse de cualquier persona, sea parte o tercero y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral”, y por otra parte el segundo precepto normativo señalado establece que “la ley reconoce como medios de prueba [...] los demás que produzcan convicción en el juzgador” sin excluir en este último artículo alguna prueba, como si lo hace el primer artículo en cita (excluye las pruebas contrarias a la moral o las prohibidas por la ley). Sin embargo, considerando que el sistema normativo es coherente entre sus distintos elementos normativos, debe interpretarse que aun cuando el artículo 289 de la ley adjetiva civil para el Estado de Querétaro no excluye expresamente las pruebas prohibidas por la ley o contrarias a la moral, deben tenerse por excluidas en congruencia con lo establecido en el artículo 276 del mismo ordenamiento legal en cita.

Dado que la palabra “prágmata” se refiere a la práctica, a la utilidad, el argumento pragmático justifica un cierto tipo de interpretación por las consecuencias favorables o desfavorables que se derivan en la práctica. Parte del principio de que el legislador no hace nada inútil y en ese mismo tenor se pretende dotar de la mayor efectividad posible a la legislación.

Como modelo de este tipo de argumento, en el juicio de amparo, cuando se advierte que la autoridad responsable desechó ilegalmente la prueba instrumental de actuaciones, pero no obstante sí tomó en consideración el conjunto de actuaciones que componen el expediente del procedimiento judicial en estudio, resulta impráctico conceder el amparo y protección de la Justicia Federal a favor de la parte quejosa porque ningún beneficio le traería ya que la resolución del amparo solo obligaría a la autoridad de origen a admitir el medio

de prueba en comento y tácitamente constreñirla a valorar el conjunto de actuaciones de componen el expediente del juicio original, lo cual ya realizó.

El argumento de interpretación forzosa es utilizado para reforzar una tesis sustentada con la intención de hacer evidente la inviabilidad de otra tesis contraria.

Aquí podemos citar la figura jurídica del ofrecimiento de trabajo que en el derecho laboral mexicano ha sido establecida mediante jurisprudencia por los tribunales federales (Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito). Consiste en la actitud del patrón de pretender que el trabajador demandante se reincorpore a sus labores. De ahí que resulte inviable sostener la procedencia del ofrecimiento de trabajo -aun cuando el patrón cumpla con todos los requisitos establecidos- cuando el trabajador ha fallecido, pues resulta evidente que el trabajador no podrá reintegrarse a sus antiguas labores y por ende es irrelevante que el patrón ofrezca el trabajo en las mismas o incluso superiores condiciones de trabajo. Por lo tanto, es evidente que el ofrecimiento de trabajo es una estrategia procesal inadmisibles cuando ha fallecido el trabajador, pues en este caso revelaría mala fe por parte de la patronal.

El argumento *reductio ad absurdum* o apagógico es aquél que justifica rechazar un significado de un enunciado por las consecuencias absurdas a las que conduce. Igualmente presume que el legislador no dice nada inútil y que por ende el ordenamiento jurídico es coherente, rechazando así cualquier contenido que resulte incongruente con el ordenamiento. Persigue también conservar la eficacia del sistema jurídico, por lo que rechaza aquellas interpretaciones absurdas que priven de eficacia al texto legal.

Se considera absurda cualquier interpretación argumentativa que sea impertinente: con el cuerpo jurídico general, con la razón del lugar que ocupa la

norma en el sistema o cuerpo normativo, con el bien jurídico tutelado, con la jurisprudencia respectiva o con el sentido común del posible mandato.⁷⁰

Ejemplo: es impertinente considerar que el artículo 162 del Código Civil para el Estado de Querétaro al disponer que “el contrato de compraventa solo puede celebrarse entre cónyuges...” reserve dicho tipo de contrato solamente para los integrantes de un matrimonio, pues al respecto hay que considerar que de la integridad del citado precepto normativo se advierte que el régimen de separación de bienes es una condición para que los cónyuges puedan celebrar un contrato de compraventa, ya que sería absurdo que lo celebraran quienes están casados bajo el régimen de sociedad conyugal o el de comunidad de bienes en el que ambos conservan el cincuenta por ciento de todas las propiedades habidas durante su matrimonio, y el hecho de que uno venda y el otro compre, en nada variaría su situación previa al contrato en cuanto a su propiedad sobre el cincuenta por ciento del bien objeto de la venta. Por otro lado, existe un capítulo especial en el Código Civil de dicha Entidad Federativa que regula lo relativo al contrato de compraventa y en dicho apartado no se indica en ninguno de sus numerales que el contrato de compraventa esté reservado solamente para los cónyuges.

Finalmente, los argumentos de tipo retóricos son: de equidad y el psicológico.

El argumento de equidad es aquél que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada (sentencia) dictada para el caso particular.⁷¹ Por lo tanto, el argumento de equidad consiste en el prudente ajustamiento de la norma general y abstracta al caso concreto.

⁷⁰ Gerardo Ribeiro Toral, *Op. Cit.*, p. 92.

⁷¹ Gerardo Dehesa Dávila, *Op. Cit.*, p. 500.

María del Carmen Platas Pacheco señala: "...por disposición expresa de ley el juez debe fundar y motivar todas sus resoluciones en los preceptos legales que en cada caso son aplicables, atendiendo a una interpretación literal de sus responsabilidades jurisdiccionales, de manera que a la equidad no está obligado, pero sí se advierte su delicada función social en un contexto más amplio, donde se entiende que la función de impartir justicia tiene como objetivo esencial restablecer el orden social que todo conflicto rompe, entonces es claro que la equidad mejora la justicia."⁷²

El argumento psicológico atiende a la voluntad del legislador histórico que redactó el texto legal. Se diferencia del argumento teleológico en que este no considera el fin de la norma sino la intención del legislador histórico. El problema es que en este caso se considera al legislador como si fuera un ente determinado cuando en realidad tal alusión "al legislador" se trata de una ficción que se refiere generalmente a un órgano colegiado, un conjunto de personas con voluntades diversas; por lo que no es fácil distinguir entre la finalidad de la norma y la de sus autores.

1.15. Falacias

La palabra falacia procede del verbo *fallo-fallere*, inducir a error, engañar, ser infiel, no cumplir, simular.⁷³

Las falacias son argumentos aparentes, esto es, formas de argumentos no válidas con apariencia de corrección para engañar a los destinatarios. Pueden consistir en descalificaciones, ataques personales, posiciones dogmáticas que apelan al sano entendimiento humano o a un "sentido común", o recurrir a exageraciones en cuanto a las consecuencias.

⁷² María del Carmen Platas Pacheco, *Filosofía del Derecho*, Argumentación Jurisdiccional, México, Ed. Porrúa, 2007, p. 161.

⁷³ Gerardo Dehesa Dávila, *Op. Cit.*, p. 335.

Existen falacias de atinencia y falacias de ambigüedad. Las primeras proporcionan una premisa o argumento no relevante para sostener una conclusión; se presentan de las siguientes formas: apelación a la fuerza, *ad hominem*, *ad misericordiam*, *ad populum*, frase del asesino, petición de principio, *argumentum ad verecundiam*, *argumentum ad ignorantiam*, falso dilema. Consiste en presentar dos alternativas como únicas salidas a un problema, cuando en realidad existen otras posibilidades, *tu quoque*, *secundum quid* y preguntas complejas.

La falacia de apelación a la fuerza mediante amenaza de coerción es un argumento sutil que genera un miedo inconsciente. Por ejemplo, en un debate entre el patrón y su empleado, cuando el primero dice “porque soy el jefe” ello no constituye un argumento válido salvo que el debate trate sobre quién debe dar las órdenes en la fuente de trabajo.

La falacia *ad hominem* u ofensivo es un argumento de ataque a la persona por sus circunstancias o por su comportamiento. También aparece cuando se agrede al opositor destacando su incapacidad para argumentar correctamente y de esta forma se asegura que sus conclusiones en general son inválidas. Por ejemplo, si en una discusión jurídica ofendemos al contrario con afirmaciones como “mira cómo tartamudeas porque no tienes la razón”, en realidad no estamos exponiendo un contraargumento sino un simple ataque personal.

La falacia *ad misericordiam* apela a la piedad, suplica un trato especial. Este puede ser presentado por el ladrón que después de ser capturado suplica bajo el argumento de que está arrepentido; lo cual, cuando menos en nuestro sistema jurídico, resulta irrelevante.

La falacia del argumento *ad populum* apela a los sentimientos de una masa. Ejemplo de ello ocurrió en el famoso lavado de manos de Poncio Pilato que

aparece en La Biblia, quien no obstante que no llevó a cabo algún proceso en contra de Jesucristo, ni tampoco homologó la sentencia que el Sanhedrín había impuesto, ordenó en primer término la flagelación y posteriormente la crucifixión apelando únicamente a la supuesta voluntad de las personas que le entregaron a Jesús.

La falacia conocida como frase del asesino es una expresión en la que el disputante acepta que la mayor parte de las personas en el discurso coinciden en el valor de las mismas. Ejemplo: “todos sabemos que los políticos son corruptos”, sin embargo, el expositor no conoce lo que sabe cada una de las personas que constituyen su auditorio, ni mucho menos puede conocer a todos los políticos para asegurar tal calificativo.

El argumento conocido como petición de principio es de tipo dogmático debido a que admite como válido o cierto aquello que es debido probar o cuando se pretende tener por notorio aquello que no lo es. Por ejemplo, en un procedimiento laboral el trabajador actor que argumenta: “sabemos que es una práctica que los patrones hagan firmar documentos en blanco a los empleados”, con la finalidad de descartar la veracidad de la renuncia que es alegada por la parte patronal y avalada por un escrito de renuncia firmado por el trabajador. Tal afirmación es dogmática porque no es un hecho notorio sino que corresponde al trabajador acreditar su afirmación de que el patrón llenó posteriormente una hoja que él firmó en blanco.

El *argumentum ad verecundiam* o falsa apelación a la autoridad es un tipo de falacia que invita a no seguir el propio criterio y a fiarse solo del que tiene una supuesta autoridad que realmente no la tiene. Puede suceder que un juez al resolver un conflicto jurídico recurra al sitio web conocido como “El Rincón del Vago” como fuente doctrinal para sustentar su determinación; esto es, un sitio de internet cuya autoridad doctrinal es puesta en duda.

El *argumentum ad ignorantiam* apela a la ignorancia, pues pretende hacer creer que algo está demostrado solo por el hecho de que no hay argumentos en contra o porque su falsedad no ha sido probada. Ejemplo: “no puedes decir que no existen los extraterrestres porque entonces deberías conocer todo lo que existe y así asegurar que en el conjunto de cosas existentes no figuran los extraterrestres.”

El falso dilema consiste en presentar dos alternativas como únicas salidas a un problema, cuando en realidad existen otras posibilidades. Por ejemplo, si decimos que el Estado solo tiene dos alternativas con un delincuente: 1) recluirlo en una prisión con el costo que genera su manutención o 2) aplicarle la pena de muerte; con ello estamos pretendiendo hacer atractiva la pena de muerte para evitar la primer opción que resulta desagradable por el argumento del costo de la manutención del preso, sin embargo, existen más opciones con respecto a la vida del preso, como permitirle la oportunidad incorporarse a una actividad laboral desde la prisión y de esa forma solventar gastos de manutención, o algún modelo de libertad condicional con la finalidad de que sea productivo y lograr su reinserción social.

Argumento del *tu quoque* (tú también o mira quién habla). Cuando se acusa al oponente de que su conducta no está de acuerdo con los puntos de vista que defiende. Esto lo podemos apreciar en los debates entre candidatos a puestos de elección popular, en donde suelen haber acusaciones sobre sus respectivos comportamientos en el pasado, con la finalidad de hacerlos chocar contra las propuestas o iniciativas expuestas por el aspirante.

El argumento del *secundum quid* consiste en aplicar una regla general sin tener en cuenta sus posibles y justificadas excepciones. Por ejemplo, en un procedimiento penal no podemos sustentar que todo aquél que prive de la vida a otro deba ser castigado penalmente, porque invalidaríamos los casos en los que la persona puede actuar en defensa propia.

La falacia de pregunta compleja surge al exponer una cuestión de tal manera que una persona no pueda acordar o discrepar algo sin obligarse al mismo tiempo con alguna otra afirmación. Constituye una pregunta compleja si en un interrogatorio judicial decimos inicialmente: ¿usted ya pagó lo que debía al demandante?; si en este caso el interrogado responde afirmativamente entonces tendremos por afirmados dos hechos al mismo tiempo, que ya pagó y tácitamente que debía al demandante; pero si responde negando, entonces habrá negado que pagó pero tácitamente aceptaría que debe algo al demandante. Por lo tanto, lo correcto es preguntar primeramente si debe algo y posteriormente cuestionar si ya lo pagó.

El segundo grupo de falacias es conocido como falacias de ambigüedad, cuya nota identificatoria es que recurren a términos o enunciados ambiguos, vocablos polisémicos que cambian de sentido en el curso de un mismo razonamiento. Existen falacias de ambigüedad por anfibología, de énfasis o acento, por equívoco y de composición.

En las falacias de anfibología, la ambigüedad depende del significado confuso de la frase entera o de las premisas cuyas formulaciones son ambiguas. Por ejemplo, si digo “el perro de mi compadre” es una frase confusa porque no es preciso si el compadre es un perro o en realidad se refiere a que el compadre tiene un perro.

En la falacia de énfasis o acento la ambigüedad depende del tono que se da a una frase o a un término de la misma. Un ejemplo claro es el sensacionalismo o “amarillismo” de cierto tipo de prensa escrita. Si su nota dice “¡estalla la revolución!” podemos imaginar que ha ocurrido algún movimiento social subversivo, pero al continuar leyendo la nota aclara “así se dijo en el año 1910 cuando...” y es entonces cuando advertimos que el tono y la estructura de la

primer oración es confusa y se presta a erróneas interpretaciones, cuando menos de primer momento.

En las falacias del equívoco la ambigüedad depende de confundir los diversos sentidos que puede tener una misma palabra. Ejemplo: “las rosas son plantas, mi cuaderno es rosa, entonces mi cuaderno es una planta”; es un silogismo cuyo término “rosa” tiene dos diferentes significados en cada premisa, uno referente a una flor y el otro referido a un color, lo que da como resultado una conclusión errónea.

En la falacia de composición la ambigüedad proviene de atribuir al todo o al grupo lo que conviene a la parte o al miembro del grupo, como si lo que conviene a la parte debiera convenir igualmente al todo. Se atribuyen propiedades de las partes al todo. Por ejemplo: “el sindicato denominado ‘Los Hijos de la Revolución’ actúa de forma ilegal, entonces cada uno de los miembros de tal sindicato actúan de forma ilegal”. En este caso es errónea la conclusión porque el hecho de que el sindicato como ente colectivo actúe en forma ilegal no deriva necesariamente a cada miembro considerado individualmente.

1.16. Reglas en la argumentación jurídica

“Argumentar consiste en confrontar argumentos, es una contienda sometida a reglas.”⁷⁴ Por tanto, debemos conocer cuáles son las reglas a las que está sometida la argumentación jurídica.

Argumentar es algo que hacemos todos en forma cotidiana, pero hacerlo con corrección lógica, lingüística y metodológica para construir y demostrar proposiciones jurídicas o para convencer sobre las mismas es un arte porque

⁷⁴ Rolando Tmayo y Salmorán, *Op. Cit.*, p. 197.

implica conocer las técnicas necesarias para hacerlo, contar con la habilidad para emplear los materiales jurídicos y además tener la voluntad de querer hacerlo de la mejor forma posible.

La argumentación no solo está relacionada con las normas sino también con los hechos. Estos resultan particularmente importantes en las decisiones judiciales, pues la mayoría de los juicios presenta un conflicto sobre los hechos que cada una de las partes afirma; en cuyo caso las pruebas aportadas son esenciales para demostrar la existencia y forma en la que sucedieron los hechos, pero se requiere también una construcción lingüística para mostrar argumentativamente la forma en la que las pruebas -en lo particular y en su conjunto- sirven para acreditar los hechos controvertidos. De esta forma, la argumentación resulta útil al juez para arribar a la verdad, propiamente a la verdad judicial, que puede o no corresponder con la verdad real (correspondencia entre lo pensado y lo real⁷⁵) aunque el ideal es que sí exista correspondencia entre una y otra.

El fin de la argumentación en materia de hechos es indagar la verdad sobre los hechos controvertidos. En materia de normas también es posible arribar a la verdad por medio de la argumentación. En el primer caso estaríamos hablando de una verdad factual como correspondencia entre lo afirmado y el estado de cosas existente, mientras que en el segundo caso estaríamos ante una verdad jurídica como correspondencia entre lo afirmado y lo que las normas jurídicas disponen.

Ahora bien, no siempre podemos arribar a la verdad jurídica porque en estricto sentido se trata de una verdad legal por ser correspondencia con lo que la ley dice; pero cuando lo que esta dice es insuficiente o simplemente no dice nada,

⁷⁵ Ismael Macías Barrón, *El Proyecto de Laudo*, México, Ed. Porrúa, 2008, p. 190.

entonces no podemos obtener la ansiada verdad porque no puede haber correspondencia con algo que no existe.

En tales casos ¿podemos construir la verdad? Gerardo Ribeiro Toral opina que sí, pues dice: “si no puedo descubrir la verdad, si, por el contrario, puedo construirla.”⁷⁶ Esta postura parece partir del escepticismo posmodernista que pretende construir todo a partir del lenguaje, en el que la realidad se construye, no se descubre por medio de la razón o de la observación.⁷⁷

No obstante, más que construir la verdad es preferible hablar de construir la solución, porque finalmente eso es lo pretendido, hallar la solución jurídica para el caso concreto que no es posible subsumir en una norma jurídica determinada. Igual sucede cuando la ley no es clara o incluso cuando la solución que la ley proporciona no resulta aceptable por estar contrapuesta con los intereses sociales o con los principios generales del Derecho. En estos supuestos no podemos pretender encontrar la verdad porque realmente podríamos encontrar muchas verdades, tantas como individuos participen en la discusión jurídica o tantas como principios jurídicos o ideales puedan estar en juego. De tal forma que la correspondencia entre nuestro intelecto y el estado de cosas existentes (idea tradicional sobre la verdad) no existiría, pues solo obtendríamos una correspondencia entre nuestro intelecto y nuestro propio discurso, obra de nuestro intelecto, o cuando más, obtendríamos la correspondencia con un consenso determinado, suma de varios intelectos con una idea o conjunto de ideas en común, esto es, correspondencia entre el intelecto y el intelecto, no con un estado de cosas observable. Asimismo, la verdad real es única, aun cuando la ignoremos, no la conozcamos completamente o nuestro intelecto no corresponda con el estado de cosas

⁷⁶ Gerardo Ribeiro Toral, *Op. Cit.*, p. 36.

⁷⁷ Josh McDowell, *Nueva Evidencia que Demanda un Veredicto*, 3ª ed., trad. Francisco Almanza et. al., Colombia, Ed. Mundo Hispano, 2009, p. XLIII.

existente. Así lo vemos con la verdad factual y con la verdad jurídica (legal) pero no con la verdad que se afirma que es posible construirla discursivamente.

Por tales razones es preferible y más sencillo referirnos a construir la solución, y si bien es cierto que también en este caso podemos construir diversas soluciones, la pretensión es buscar la mejor solución, que será la que esté correctamente formulada (aspectos lingüístico, lógico y metodológico) y sea la más razonable, aspecto este último que será logrado si el argumento o conjunto de argumentos empleados en la solución no puedan ser vencidos con mejores argumentos.

Con relación a la corrección lingüística, aunque no es el punto de estudio central del presente trabajo, es importante destacar que la forma de exponer un argumento determina su claridad y afecta favorable o desfavorablemente su fuerza.

Señala Gerardo Dehesa que un argumento no muy bueno gana mucho si se sabe exponer en forma adecuada; en cambio un buen argumento pierde parte considerable de su fuerza si está mal expuesto o acusa defectos semánticos y de estructura, por un mal uso del lenguaje.⁷⁸

Debido a que la argumentación es una construcción lingüística es necesario saber hacer utilizar correctamente de la ortografía, la semántica y la estructura del lenguaje para comunicar correctamente los argumentos que apoyan la solución planteada. En este aspecto un punto esencial es el uso adecuado de los conectores lógicos. Gerardo Dehesa advierte sobre dichos elementos del lenguaje: “Aunque se tenga el mejor de los argumentos posibles, si está mal expuesto o su conexión o exposición no resulta lógica, en el sentido práctico no nos sirve de nada, pues pierde su eficacia por estar mal expuesto.”⁷⁹

⁷⁸ Gerardo Dehesa Dávila, *Op. Cit.*, p. 4

⁷⁹ *Ibidem*, p. 333.

La corrección lógica es importante para determinar precisamente la corrección de los enunciados jurídicos así como para saber si son verdaderos o falsos según las premisas empleadas. Aquí podemos emplear las conocidas formas de silogismo: el hipotético (si p entonces q , si q entonces r ; luego, p es r), el disyuntivo (p o q ; no p ; entonces q) o el conjuntivo (p y q ; no p ; entonces no q).

Al respecto del empleo de la lógica también es preciso señalar que su uso es frecuente en el Derecho tanto en materia de hechos como en la subsunción de los hechos en las normas jurídicas. Sin embargo, cuando nos encontramos en el área de “penumbra de incertidumbre” o un “caso difícil”, la lógica formal cede terreno ante la plausibilidad de la argumentación jurídica; pues como vimos anteriormente, en la lógica formal la conclusión es necesaria a partir de las premisas utilizadas mientras que en la argumentación las soluciones propuestas deben ser simplemente plausibles.

La corrección metodológica de los argumentos es un aspecto crucial. La metodología argumentativa es amplia y diversa. Por ejemplo, si utilizamos alguno de los tipos de argumentos analizados en la parte precedente, es conveniente también indicar el tipo de argumento que estamos utilizando, pero al hacerlo, es necesario demostrar porqué de ese tipo de argumento obtenemos la conclusión expuesta, pues si solo afirmamos algo como cierto haciendo alusión que deriva de un argumento “x”, parecerá más bien una afirmación de tipo dogmática.

Igualmente, conviene separar cada argumento para que pueda ser observada la construcción argumentativa y sea más fácil identificar cada idea. Posteriormente es conveniente ordenar los argumentos según su relevancia, pues así resulta más contundente la argumentación, en tanto que las posturas contrarias tendrán que rebatir primero los argumentos más relevantes y dejar para el final aquellos que resultaría más fácil vencer.

Stephen Toulmin desarrolló un modelo para justificar argumentaciones: se inicia estableciendo una pretensión (P) o conclusión con bases (B) relevantes y suficientes; posteriormente se exige que una ley de paso -principio, criterio o norma- permita pasar de las razones a la pretensión y constituya una garantía (G) válida, relevante y con suficiente peso; finalmente la garantía debe ser fundamentada en un respaldo (R). También puede ser establecida una condición de refutación (CR) que sirve para condicionar la pretensión ante circunstancias excepcionales. Un ejemplo esquemático del modelo de Toulmin sería el siguiente: “X es hijo de Y” (B); entonces “X tiene derecho a suceder a Y” (P); ya que “los hijos tienen derecho a suceder a sus padres” (G), con base en el “artículo Z del Código Civil” (R); “a menos que X haya matado a Y” (CR).

Neil MacCormick señaló como reglas de la argumentación:

- Partir siempre de un principio o regla universal;
- Que la decisión sea consistente con el Derecho válido y con los hechos;
- Que la decisión tenga coherencia normativa y narrativa, entendiendo por ello el nivel de racionalidad argumentativa en la decisión; y
- Que la resolución tenga relación con las consecuencias o bienes jurídicos tutelados, esto es, con el mundo.⁸⁰

Robert Alexi formuló una serie de reglas para asegurar la corrección de la argumentación; las reglas del discurso práctico general que subdivide en reglas fundamentales, reglas de la razón, reglas sobre la carga de la argumentación, reglas de la fundamentación y reglas de la transición.

Por otra parte, señala que en los discursos jurídicos se trata de justificar las decisiones jurídicas. Las reglas del discurso jurídico que formula se refieren a

⁸⁰ Jaime Cárdenas Gracia, *Op. Cit.*, p. 29.

los aspectos interno y externo de dicha justificación. En la justificación interna se trata de determinar si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, esto es, emplea el silogismo jurídico; mientras que el objeto de la justificación externa es la corrección de tales premisas. Las reglas de justificación interna son las siguientes:

- Satisface la justificación mediante reglas universales requerida por el principio de universalidad. El principio de justicia formal exige observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría.
- Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.
- La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.
- Si no se puede extraer ninguna regla de la ley, entonces hay que construirla.⁸¹

Las reglas de la justificación externa pueden ser de tres tipos: reglas de Derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo. Su fundamentación consiste, para el primer caso, en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico; para el segundo caso, puede recurrirse a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso; y para la fundamentación del caso sirve lo que puede denominarse como argumentación jurídica.⁸²

Indica también que para clarificar el papel de los cánones en el discurso jurídico hay que distinguir:

⁸¹ *Ibidem*, p. 308.

⁸² *Ibidem*, pp. 318-319.

- El campo de su aplicabilidad, considerando que las distintas formas de argumentos pueden ser empleados en distintos contextos.
- Su status lógico; en el entendido de que las distintas formas de argumentos no son realmente reglas, no indican qué debe hacerse, solo son puntos de vista o líneas de investigación.
- El requisito de saturación; pues un argumento de una determinada forma solo es completo si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma, lo cual asegura la racionalidad del uso de los cánones.
- Las diversas funciones de las diversas formas.
- El problema de su jerarquía, tomando en cuenta que cada forma de argumento tiene una distinta función y por ende pueden conducir a soluciones completamente distintas.
- La resolución del problema de la jerarquía con base en la teoría del discurso jurídico, en la que se muestra el uso oportuno de las distintas formas de argumentos, sin la elaboración de un catálogo de grados.⁸³

Por otra parte, Manuel Atienza rescata los siguientes puntos sobre la argumentación propuesta por Haberle:

- No se puede argumentar bien jurídicamente sin un buen conocimiento del Derecho, de los materiales jurídicos, de la teoría del Derecho y de los instrumentos adecuados para manejar aquellos materiales.
- Lo importante no es efectuar una exposición completa, exhaustiva, sino más bien clara, razonablemente informativa, que estimule la discusión y prepare para persuadir al auditorio.
- No se argumenta mejor por decir muchas veces lo mismo ni por expresar con muchas palabras lo que podría decirse con muchas menos.

⁸³ *Ibidem*, pp. 336-341.

- Esforzarse por entender bien lo que el otro ha dicho es una exigencia moral.
- Cuando se argumenta en defensa de una tesis, no estar dispuesto a conceder nunca nada al adversario es una estrategia incorrecta y equivocada.
- Cuando se argumenta con otro, uno puede tener la impresión de que los argumentos de la parte contraria funcionan como una muralla contra la que chocan una y otra vez nuestras razones. Por eso, una vez probada la solidez de esa defensa, lo más aconsejable es ver si uno puede tomar la fortaleza intentando otra vía.
- La argumentación no está reñida con el sentido del humor, pero sí con la pérdida del sentido de la medida. Hay ocasiones en que no es apropiado hablar en broma.
- No se argumenta bien por hacer muchas referencias a palabras prestigiosas, autores de moda, etc., lo que cuenta es lo que se dice y las razones que lo avalan.
- Frente a la tendencia, natural quizás en algunas culturas, a irse por las ramas no cabe otro remedio que insistir una y otra vez en ir al punto, en fijar cuidadosamente la cuestión.
- En cada ocasión, hay muchas maneras de argumentar mal y quizás más de una de hacerlo bien.⁸⁴

Antony Wheston indica que el primer paso para construir un argumento es preguntar ¿qué estoy tratando de probar? Luego propone una serie de reglas generales para componer argumentos cortos:

- Distinguir las premisas de la conclusión
- Exponer claramente las premisas.

⁸⁴ Manuel Atienza, *Cuadernos de Filosofía del Derecho, Diez Consejos para Argumentar Bien*, Ed. Doxa, 2006, pp. 473-475.

- Presentar las ideas en un orden natural, en uno o dos párrafos generalmente, con la conclusión al principio o al final según el orden más natural.
- Partir de premisas fiables y de ser necesario dar algún argumento corto a favor de la fiabilidad de la premisa misma.
- Ser concreto y conciso, evitando los términos generales, vagos y abstractos para que el lector no se pierda en un mar de palabras.
- Evitar el lenguaje emotivo. No hacer parecer bueno el argumento caricaturizando al oponente.
- Usar términos consistentes para cada idea.
- Usar un único significado para cada término.⁸⁵

Por su parte, Gerardo Dehesa proporciona algunas orientaciones para argumentar:

- Distinguir entre apoyar dogmáticamente y defender con razones, que es, en sentido estricto, argumentar.
- Saber escuchar a las partes, poner atención a sus proposiciones.
- No realizar juicios precipitados.
- Procurar no usar lenguaje emotivo.
- Usar un solo significado para cada término para no caer en ambigüedad.
- Hacer diagramas de argumentos y debates complejos.
- Evaluar las premisas: verdad, probabilidad, aceptabilidad, relevancia y suficiencia.
- Evaluar las fuentes: confiables, expertas, reconocidas.
- Reconocer el tipo de argumento.
- Detectar las falacias: formales y materiales.
- Identificar el tema.
- Clarificar los términos claves.

⁸⁵ Anthony Weston, *Op. Cit.*, pp. 19-31.

- Eliminar la ambigüedad y vaguedad.
- Manejar los distintos tipos de definición: etimológica, normativa o descriptiva.
- Identificar la conclusión y las premisas.
- Eliminar el material innecesario: repeticiones, digresiones inútiles e ilustraciones ineficaces.⁸⁶

De lo anterior y con relación al problema objeto del presente estudio, obtenemos que: 1) la solución debe ser generada a través de un silogismo en el que la conclusión esté justificada a través de las premisas; 2) la premisa mayor es una regla o principio general cuyo establecimiento debe ser justificado, y para esto, el aplicador del Derecho debe tener conocimiento del Derecho (materiales jurídicos); 3) cualquier excepción a la regla general debe estar justificada; 4) la premisa menor constituye el hecho a subsumir en la regla o principio general; 5) para aplicar la regla o principio general a los hechos materia del conflicto jurídico es necesario conocer las técnicas de aplicación del Derecho.

Asimismo, la solución deberá estar sustentada en argumentos conforme a las pautas de corrección antes mencionadas y además debe ser, de las posibles soluciones, la más racional, la que aparezca más aceptable bajo los parámetros sociales, normativos y axiológicos del lugar en donde se desarrolla la argumentación. La racionalidad es el elemento de justificación más interesante de la argumentación jurídica, en el reside la contundencia de los argumentos.

Como lo indica Alexi, dicha racionalidad en la argumentación debe medirse en cada sistema jurídico considerando su Derecho vigente, sus criterios

⁸⁶ Gerardo Dehesa Dávila, *Op. Cit.*, pp. 198-201.

interpretativos establecidos en la jurisprudencia y los conceptos de la ciencia jurídica.

1.17. Argumentación judicial

La finalidad del proceso judicial es la resolución del conflicto de intereses a través de decisiones justas que estén sustentadas en la verdad de los hechos y en la aplicación correcta del Derecho.⁸⁷

“El juez debe ser un devoto practicante de la interpretación y la argumentación jurídica; sin ellas, simplemente está ciego, manco y cojo, es un inválido intelectual.”⁸⁸ Esta es la importancia que representa el uso de la argumentación jurídica, no solo es un instrumento sino un elemento indispensable en la labor jurisdiccional, particularmente en la construcción, formulación y sustento de las determinaciones.

La construcción de una sentencia generalmente empieza por la toma de la decisión. Esto se debe al empleo del denominado sentido jurídico, una especie de sentido común generado por el conocimiento del Derecho y la experiencia, que permite dar una solución apriorística del caso planteado.

En el mundo jurídico, el sentido común de una persona se mezcla irremediabilmente con los conocimientos técnico jurídicos del operador jurídico, a efecto de entender el Derecho. Este sentido jurídico ayuda al juez a advertir si los hechos sometidos a su consideración son de relevancia para el Derecho y cómo deben juzgarse. Es “...una sensibilidad especial que se acrecienta con el paso del tiempo y que permite percibir la solución de los problemas jurídicos, antes de su comprobación a través de los métodos de

⁸⁷ Hesbert Benavente Chorres, *La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, México, Ed. Flores Editor y Distribuidor, 2011, p. 5.

⁸⁸ Ismael Macías Barrón, *Op. Cit.*, p. 95.

selección, interpretación e integración de las normas jurídicas y de los métodos lógicos deductivo e inductivo. Tratándose de una disposición natural, es obvio que no todos los juristas la tienen y, por tanto, su carencia constituye una limitación para el ejercicio de la judicatura. En este orden de ideas, no se puede considerar como buen juzgador a un funcionario que adopta como pauta fundamental para la toma de una decisión, al precedente judicial, es decir, a quien primero busca el precedente y después toma la decisión, pues el camino es el inverso: primero debe entreverse (como una hipótesis de trabajo) la solución del problema y después buscarse el apoyo lógico que confirme la hipótesis.”⁸⁹

Esto tiene sustento en la Psicología, la cual considera que la mente humana resuelve problemas sin el empleo constante de la conciencia.⁹⁰ No obstante, el talento para resolver problemas jurídicos varía de una persona a otra, dependiendo su conocimiento (particularmente jurídico), memoria, facilidad y disposición para aprender, agudeza y agilidad mental, así como la experiencia.

Un jurista experto tiene serias ventajas: a) tienen mejor memoria a corto y largo plazo; b) utilizan un razonamiento progresivo hacia adelante para la solución de los problemas, un encadenamiento sucesivo de pasos; c) son más rápidos para la solución del problema al representarlo de una mejor forma; d) tienen mejores representaciones estructurales y globales del problema; e) tienen mejor capacidad de control sobre su actividad cognitiva, por lo que pueden prever mejor el tiempo necesario para la solución del problema e incluso fragmentar el proceso de solución en diversas etapas; y f) muestran su excelencia en su terreno, materia o especialidad; pero llegan a ser tales expertos a través de la práctica de larga duración, una media de diez años de dedicación a una materia o especialidad para alcanzar un nivel adecuado de experticia.⁹¹

⁸⁹ Jaime Manuel Marroquín Zaleta, *Op. Cit.*, pp. 69-70.

⁹⁰ Juan Abelardo Hernández Franco, *Op. Cit.*, p. 3.

⁹¹ Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica, Op. Cit.*, p. 664.

En este orden de ideas, el juez debe poseer una serie de características que favorezcan una mejor impartición de la justicia. Tales características deseadas son del orden externo e interno. En el apartado externo es deseable que el juez imparta justicia con imparcialidad e independencia, esto es, sin estar influenciado en su solución por presiones provenientes de las partes o de terceros -presiones políticas, sociales, económicas o incluso coercitivas-. Pero el apartado que más interesa para el presente trabajo es el cúmulo de características internas que debe tener el juzgador: conocimiento, aptitudes y actitudes. El tema de conocimientos y aptitudes tiene relación directa con la formación inicial y continua del juzgador para ejercer su profesión, pero en sus actitudes los jueces pueden verse influidos por sus propios prejuicios o concepciones filosóficas, por lo que es conveniente adoptar una actitud reflexiva para que su objetividad no ceda terreno a la subjetividad. El juez debe sobre todo, poseer la virtud de la prudencia, que tenga claro que sus resoluciones están limitadas por el Derecho, que su poder no está sobre este.

En cuanto al conocimiento que debe tener el aplicador del Derecho es de varios tipos: en materia jurídica, en materia de hechos, en cuanto a la realidad, en lógica y en materia lingüística.

En la actividad jurisdiccional es esencial el conocimiento jurídico generado por la comprensión de la teoría y práctica del Derecho. “Para ser un buen juez no basta con conocer el Derecho positivo, pues por sí solo este no garantiza que sea capaz de alcanzar soluciones adecuadas y justificarlas satisfactoriamente. Se requiere no solo estar actualizado en cuanto a cambios legislativos, conocer la práctica jurisprudencial, algunas disciplinas auxiliares o ciertas técnicas de gestión. Se necesita además poseer una extensa cultura general y, sobre todo, una buena formación teórica.”⁹² El juez tiene la valiosa oportunidad de construir

⁹² Manuel Atienza, *Cuestiones Judiciales*, Op. Cit., p. 147.

una argumentación con todos los elementos que le aporta el Derecho, pues a diferencia del abogado, no está limitado a proponer una argumentación que necesariamente favorezca a una de las partes.

Influye enormemente la concepción que sobre el Derecho tiene el juez, pues en la medida que sea muy formalista no pretenderá salirse de las normas positivas para juzgar; pero si es muy vanguardista, querrá sentenciar conforme a doctrinas que tal vez aún no alcancen reconocimiento en la comunidad científica local. Esto en sí no es negativo sino deseable, que el juez tenga una ideología jurídica definida con base en la cual razone y decida los asuntos, pero que sepa justificar su preferencia ideológica frente a las demás. La sentencia es una obra del intelecto que debe reflejar el sello personal de quien la formule, su concepción del Derecho.

El conocimiento del Derecho implica conocer al menos el significado central de las formulaciones normativas y al mismo tiempo contar con los elementos necesarios para cubrir las zonas de penumbra; implica el manejo de los precedentes judiciales, a efecto de conocer cuáles son las soluciones que los tribunales han dado a los problemas similares a los que tiene que resolver y cuáles son las razones que han aducido para ello; además debe tener un dominio suficiente de la doctrina que le permita apartarse de la jurisprudencia por razones teóricas o justificatorias mediante los recursos que le ofrece la teoría del Derecho, y al mismo tiempo, este dominio le permite operar las distintas piezas del Derecho.

El conocimiento que en materia de hechos debe poseer el juez se refiere al saber general que el juzgador deberá emplear cuando deba formular o tomar la hipótesis dada por las partes con relación a los hechos materia de la controversia en estudio. Así, analizando los datos expuestos por las partes, será formulada una hipótesis con base en algún supuesto normativo, lo que al mismo tiempo implica conocimiento del mundo, del lenguaje técnico y ordinario,

conocimiento sobre los aspectos más básicos de la filosofía de la ciencia (qué es una hipótesis, conocer cómo operan los métodos deductivo e inductivo, qué es una teoría y cómo opera, concepción de la verdad -principalmente de la verdad como correspondencia-). Igualmente, si bien al juez no le es exigible ser un científico con relación a los campos respecto de los cuales puede versar una prueba pericial, pues para tal efecto es auxiliado precisamente por peritos, sí debe tener una preparación epistemológica suficiente para valorar la fiabilidad y científicidad de las pruebas rendidas.⁹³

En el mismo sentido, el conocimiento de la realidad que debe haber en el juzgador es el relativo a los hechos sociales, políticos, económicos, culturales, entre otros, esto con la finalidad de que pueda utilizar las máximas de la experiencia ordinaria o científica al juzgar, pues esta actividad recae sobre los hechos y si no los conoce difícilmente podría dar algo por probado. Además, con ese conocimiento el juez está capacitado para subsumir los hechos en las normas jurídicas. Entre más conocimiento científico tenga el juez interpretará más plausiblemente la realidad y será mejor su práctica profesional.⁹⁴ Además, esto le sirve para ser consciente de las repercusiones políticas, económicas y sociales de la tarea que realiza.

Pero el conocimiento sobre el Derecho y sobre los hechos no es suficiente si el juez no es capaz de relacionar lógicamente dichos conocimientos, por lo que también está obligado el juez a tener suficiente conocimiento en lógica para razonar deductiva o inductivamente y también para detectar las falacias como fuente de error común en el razonamiento jurídico.

Finalmente, el juez debe ostentar suficiente conocimiento en lingüística, en el uso del lenguaje natural y técnico del derecho, para poder realizar

⁹³ Jorge F. Malem Seña y otros, *El error judicial, La formación de los jueces*, México, Edt. Fontamara, 2012, p. 108.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 113.

adecuadamente dos de sus más elementales tareas al aplicar el Derecho: interpretación de la ley y formulación de la resolución por escrito. Con relación al primer punto, resulta importante conocer el lenguaje para interpretar las normas jurídicas dado que habitualmente se acude como primer criterio para interpretar un texto legal, a la literalidad en la que están formulados los preceptos normativos, tanto en su aspecto gramatical como en el semántico.

Con relación a la formulación de la sentencia, es importante la claridad, la concisión y el uso adecuado del lenguaje. Es conveniente también eliminar el uso de términos arcaicos que no son asequibles al ciudadano común, ya que las sentencias están dirigidas fundamentalmente a los ciudadanos. “Claridad y brevedad son el alma de la sabiduría de los jueces, reflejan su talento y esfuerzo, además de permitir a las partes asomarse sin dificultad al mundo de la justicia.”⁹⁵

Manuel Atienza afirma que una sentencia se encuentra debidamente motivada cuando: 1) establece buenas razones a favor de la decisión; 2) en relación con el estilo, claridad, precisión y concisión; 3) una buena sentencia debe permitir identificar claramente los antecedentes del caso, el problema planteado, la decisión tomada, las cuestiones controvertidas, la respuesta dada a cada una de esas cuestiones y las razones o argumentos para las cuestiones controvertidas; 4) orden en el discurso; 5) precisión y claridad; 6) brevedad, eliminando por ende las sentencias excesivamente extensas dado que incrementan la posibilidad de cometer errores, hace más difícil identificar los elementos esenciales de la sentencia, exige mayor tiempo su elaboración y dificulta su estudio con fines pedagógicos; 7) requiere de conocimiento técnico de esquemas de argumentación; 8) los valores contenidos en una sentencia deben estar encaminados a persuadir; 9) evitar formalismo y activismo; y 10)

⁹⁵ Ismael Macías Barrón, *Op. Cit.*, p. 165.

equilibrio en la búsqueda de la solución, entre la imaginación y la coherencia con el sistema jurídico.⁹⁶

De la misma manera, propone algunas pautas para la argumentación judicial, además de las cuestiones de estilo y lo relativo a la motivación de la sentencia: 1) los jueces no deben ser formalistas, sino que deben buscar los fines de la norma, las razones en las que estas se sustentan; 2) tampoco caer en el activismo judicial, evitando tomar decisiones que no sea posible justificar jurídicamente; y 3) mucho menos ser jueces doctrinarios, pues una sentencia no es un tratado de ciencia.

Sentadas las bases expuestas, ¿cómo debe ser formulada una sentencia? Formalmente, la sentencia es formulada en nuestro país normalmente bajo el siguiente esquema: 1) identificación de las personas involucradas en la controversia; 2) narración de los hechos o antecedentes del caso; 3) aceptación de la competencia por el tribunal; 4) fijación del problema o Litis a resolver; 5) cuestión o cuestiones a resolver; 6) establecimiento de las cargas probatorias; 7) análisis de las pruebas aportadas; 8) valoración de las pruebas aportadas; 8) invocación de las normas que serán utilizadas para resolver el problema planteado; 9) inferencia de los hechos que se tuvieron por probados a partir de las pruebas aportadas y su valoración; 10) solución del problema y su justificación; y 11) la decisión tomada.

Pero a grandes rasgos, tradicionalmente se presenta la sentencia como un silogismo en el que la premisa mayor es la norma, la premisa menor son los hechos y la conclusión es la norma particular. Pero además internamente pueden existir más silogismos internos para justificar cada una de las premisas del silogismo principal.

⁹⁶ Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*, Op. Cit., p. 153-154.

En este sentido, el silogismo no solamente es el centro del razonamiento judicial, sino que es la forma en la que el derecho se sirve de la lógica para justificar (internamente) una decisión: la conclusión debe derivar de las premisas expuestas; aunque estas últimas requieren igualmente de justificación (externa) que tiene que ver con la elección de las premisas y que a su vez derivan de una serie de decisiones: para elegir la premisa mayor se requiere el análisis del problema a resolver, la interpretación de este y la selección de la fuente del derecho en la que deba ser fundamentada la solución; y para la premisa menor, se requiere fundamentalmente la valoración de las pruebas, esto es, la comprobación de los hechos.

Los argumentos usados para justificar cada premisa (del silogismo principal o de los secundarios) deben ser comunicados en forma clara y concisa. Se debe iniciar por presentar el problema jurídico a resolver, lo que equivale a fijar la litis, posteriormente sentar la norma con la que se va a resolver. Si el texto es claro debe señalarse porqué lo es; si partimos de alguna interpretación jurídica debe justificarse el sentido así como el método empleado para ello y mostrar la aplicación efectiva de dicho método. De no existir una norma aplicable es preciso crear una con base en el material jurídico. En materia de pruebas, los enunciados fácticos no deben tenerse por probados en forma dogmática sino señalar expresa y puntualmente los hechos probados con relación a cada medio de prueba aportado, la fuerza probatoria de cada uno de los medios de prueba aportado. Finalmente resolver el conflicto con la conclusión extraída de las premisas o con la solución que resulte más razonable.

En consecuencia de lo expuesto, la sentencia no se trata de una opinión libre y subjetiva basada en las ideas, preferencias, prejuicios o creencias de las cuales no se puede despojar al juez al momento de dictar su sentencia, sino que constituye una valoración razonada de los hechos con base en el Derecho. En la función jurisdiccional la corrección y racionalidad de la argumentación son requisitos indispensables para legitimar las resoluciones judiciales. Bajo estas

condiciones, la formación judicial es un tema crucial en calidad de la impartición de la justicia, a efecto de disminuir la posibilidad de que los jueces se equivoquen en sus sentencias.

Conforme a lo expuesto, es posible entonces evaluar la calidad y la validez de la argumentación judicial, con base en la motivación que el juzgador haya dado a la solución dada en su sentencia. Una buena argumentación judicial será aquella que tenga una estructura lógica reconocible y que satisfaga un esquema de inferencia válido basado en premisas y estas a su vez en razones relevantes y suficientes.⁹⁷

1.18. Error judicial

El juez puede errar en su sentencia no solo en los hechos sino también en cuestiones de Derecho. Para la existencia de un error se requiere tres condiciones: I) Una o más respuestas correctas respecto de un caso, en un sistema jurídico de referencia; II) Que la decisión judicial no pueda subsumirse en ninguna de esas posibles respuestas; y III) Violación a los límites de la discrecionalidad (arbitrariedad) cuando está permitida.

Los errores en los fundamentos de hecho en una sentencia ocurren en tres supuestos: 1) en la expresión de los enunciados que se han tenido como verdaderos; 2) en la admisión de las pruebas; y 3) en la valoración de las pruebas.

En el primer caso, señala el autor en cita, bajo la premisa de que el juez tiene la obligación de buscar la verdad en el proceso y que por ello tiene la pretensión de que sus enunciados fácticos sean verdaderos (adoptando la noción de verdad como correspondencia⁹⁸), comete error cuando sus

⁹⁷ Íbidem, p. 549.

⁹⁸ Jorge F. Malem Seña y otros, *Op. Cit.*, p. 17.

enunciados fácticos no se corresponden con la realidad, esto es, enunciados falsos. El error surge cuando tras la prueba se da por cierta una hipótesis (ya sea sugerida por las partes o formulada por el juez) que no se corresponde con lo acaecido en la realidad (verdad material).

En el segundo caso, el error en la admisión de la prueba ocurre al admitir pruebas indebidas o inadmitir pruebas debidas, bajo las normas procesales aplicables al caso.

En el tercer supuesto, el error en la valoración de la prueba sucede al dar por probado aquello que no está probado o no dar por probado aquello que sí está probado. En este mismo supuesto, el error puede ser de dos tipos, formal o material. Es un error de tipo formal cuando el juez no expresa adecuadamente el razonamiento por el cual, dados los hechos probados existentes en la causa, hace presumir que otros están también probados por el nexo existente entre ellos.⁹⁹ Es un error de tipo material cuando: los hechos de los cuales se parte no están debidamente acreditados (o son falsos) o no existe una vinculación sostenible entre dichos hechos y aquellos que se presumen probados, ya sea porque violan las reglas de la lógica o de la experiencia científica o corriente.

Los errores en los fundamentos de derecho tienen dos variantes: 1) en la interpretación del derecho; y 2) en la aplicación del derecho.

En el primer supuesto y dado que el juez al utilizar el Derecho tiene un conocimiento sistemático del mismo, puede incurrir en el error cuando: a) detecta una laguna normativa o contradicción donde no la hay respecto del caso en estudio; o b) no descubre una laguna o contradicción donde las hay respecto del caso que conoce.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 21.

En el mismo primer supuesto, al determinar el significado de los textos normativos (interpretar) el juez puede incurrir en el error cuando: a) rebasa el límite de su discrecionalidad al decidir respecto de una zona de penumbra; b) su interpretación no puede ser reconocida por algún criterio interpretativo razonable; c) aplica un criterio interpretativo prohibido por el Derecho; d) utiliza criterios interpretativos indistinta y arbitrariamente cualquiera que sea el caso; e) opera un criterio de interpretación en forma incorrecta -en contra de sus límites o reglas de funcionamiento-; f) opera mal las distintas piezas del Derecho, esto es, en la ponderación de principios: al transformar -indebidamente- el principio en reglas o al ponderar propiamente, establece un cálculo erróneo en los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

En el caso del segundo supuesto, el juez se equivoca en la aplicación del derecho cuando: a) aplica normas que no son aplicables; b) no aplica normas que son aplicables; c) decide una cuestión que en sus elementos subjetivos y en sus elementos objetivos ha adquirido calidad de cosa juzgada; d) supone equivocadamente que hay cosa juzgada sobre un determinado asunto no habiéndola; o e) en la calificación jurídica, cuando no subsume correctamente la situación fáctica que se considera probada en el proceso en el supuesto de hecho de una norma.

Derivado de lo anterior, el juez está expuesto a cometer errores en el fallo cuando: 1) condena a alguien por algo que no hizo; 2) absuelve a alguien que merecía ser condenado; 3) decide más allá -por exceso o por defecto- de lo solicitado por las partes o del objeto del juicio; 4) su fallo es ilógico por contradictorio o no se sigue de las premisas fácticas y jurídicas establecidas en los fundamentos de hecho y de derecho (error en el silogismo decisional).

Finalmente, Malem Seña establece que también pueden haber errores en la redacción de las decisiones judiciales por: 1) falta de claridad en las expresiones lingüísticas; 2) incorrecciones gramaticales; 3) uso innecesario de

latinazgos; 4) frases arcaicas y rituales; o 5) empleo excesivo de siglas y abreviaturas.

CAPÍTULO SEGUNDO. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

2.10. Antecedentes

Los primeros en plantear el problema de los principios generales del Derecho fueron los griegos.

Sin embargo, también la Biblia estableció ciertas reglas jurídicas con contenido moral: en los versículos 1 al 13, capítulo 23 del libro Éxodo; en los versículos 15, 35 y 36, capítulo 19 del libro Levítico; en los versículos 18 al 20, capítulo 16 del libro Deuteronomio; en el número 1, capítulo 58 del libro de Salmos; así como en los versículos 1 al 3, capítulo 10 del libro de Isaías. Libros de la Biblia que fueron escritos, en el caso de Éxodo y Levítico, en 1440 a.C. aproximadamente y Deuteronomio en 1400 a.C. aproximadamente.

Aristóteles en su libro *Ética a Nicómaco*, dedica el libro V para tratar sobre la justicia.

En la Edad Media Raimundo Lullio habló de “principios de Derecho” y Santo Tomás de Aquino usó el término “principios universales de Derecho”.¹⁰⁰

En los preceptos legales, la referencia más antigua a los principios del Derecho corresponde al proyecto del Código de Napoleón. El artículo 11 determinaría la ley que se aplicara como supletoria en caso de insuficiencia legal, y en la discusión de tal artículo se propusieron varias fórmulas tales como “máximas del Derecho natural”, de la “justicia natural”, de la razón, “ley natural”, “equidad natural”, la ciencia, el Derecho romano, el Derecho común, las antiguas costumbres, la jurisprudencia, los usos y máximas y decisiones de los

¹⁰⁰ Sergio T. Azúa Reyes, *Op. Cit.*, p. 4.

tribunales; además se propuso como fuente supletoria de la ley a los “principios generales”. Sin embargo, en razón de que se explicó que esta última fórmula hacía referencia a las máximas del Derecho natural, las protestas del tribunado no se hicieron esperar y en consecuencia el Código apareció con un vacío en este sentido.¹⁰¹

Fue hasta el Código Civil austriaco de 1806 cuando en su artículo 7º se dispuso como fuente supletoria “los principios jurídicos naturales”.

El Código Civil italiano de 1865 en su artículo 3º señaló expresamente como fuente supletoria expresamente “los principios generales del Derecho”.

En México, tal término fue previsto por primera vez en el artículo 10º del Código Civil proyectado en 1861 y posteriormente quedaría expuesto en el artículo 14 de la actual Constitución general.

2.11. Reglas y principios

En ciertos sistemas jurídicos como el nuestro, al Derecho se le asocia con las normas jurídicas; de hecho, cuando se nos pregunta la definición del Derecho casi en forma instintiva empezamos con la frase “conjunto de normas jurídicas...” Esto se debe al enfoque bajo el cual se nos ha enseñado a estudiar y aplicar el Derecho, netamente positivista.

Kelsen, por ejemplo, señala que el Derecho es exclusivamente un conjunto de normas coactivas.

Una de las construcciones doctrinarias positivistas más modernas es la de Hart, quien entiende al Derecho como un sistema cerrado de normas y a la

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 4-5.

regla como la única fuente posible del Derecho. Este autor defendió la separación entre el Derecho y la moral, pero al mismo tiempo aceptó que el sistema de reglas no pretende ser completo y sin lagunas, por lo que postuló que algunas cuestiones legales deben ser resueltas con base en criterios extrajurídicos.

Para Ulises Schmill, el objeto de conocimiento de la jurisprudencia o ciencia del Derecho es solamente las reglas jurídicas. Afirmación que funda en el argumento de que solo las reglas jurídicas establecen soluciones normativas para ciertos casos, mientras que los principios no señalan ni a qué casos son aplicables ni las propiedades que deba tener su solución.

Alchourrón y Bulygin agregaron que un sistema jurídico es un todo complejo, en el que hay normas pero no solo normas. Insistieron en enunciados como las definiciones que no tienen carácter normativo pero tienen efectos normativos.¹⁰²

Dworkin, revisando la posición de Hart precisa que el Derecho no puede verse como un conjunto de reglas sino también de principios. Los principios se dividen en directrices que fijan objetivos de carácter económico, social o político; y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral que establecen Derechos. Señala que los principios, a diferencia de las reglas, no son todo o nada, tienen una dimensión de peso o ponderación, además de que forman parte del sistema jurídico por razón de su contenido y no por razón de su origen.

Joseph Raz describió a las normas como razones para la acción, razones que son una combinación de deseos y creencias. La regla supone haber decidido por adelantado qué hacer en ciertos casos. Por lo tanto, las reglas permiten

¹⁰² Juan Vega Gómez (coordinador), *Op. Cit.*, p. 90.

ahorrar tiempo, trabajo y reducen el riesgo del error judicial al decidir lo que debe hacerse.¹⁰³

Esta posición teórica establece que es preferible decidir mediante normas porque han seguido un mecanismo de creación con base en razones previamente formuladas que permiten al aplicador ahorrar esa misma actividad de razonamiento. Asimismo, Raz percibe como un riesgo que el juez decida sin esas reglas preestablecidas. Sin embargo, el problema para el positivismo jurídico es precisamente los casos que no caen bajo alguna hipótesis normativa porque el legislador es incapaz de prever todos los posibles supuestos que puedan presentarse, ni puede imaginar las características propias de cada asunto.

Una posición contraria es la asumida por autores como Dworkin o Alexi, quienes han sostenido que un elemento importante a considerar en la actividad de los jueces son los principios.

Jaime Cárdenas Gracia, por ejemplo, afirma: “Las decisiones deben ser orientadas también por principios y no solo por reglas.”¹⁰⁴

Pero ¿qué son los principios? María del Carmen Platas Pacheco afirma que los principios generales del Derecho concentran en expresiones breves la gran sabiduría jurídica, fruto de la experiencia adquirida a través de los siglos por los juristas tanto del foro como de impartición de justicia, se trata de referentes obligados a los que la prudencia recomienda acudir siempre.¹⁰⁵

Ismael Macías Barrón dice que son “concebidos como verdades jurídicas notorias, incontrastables, fruto de la ciencia del Derecho y permiten al juez

¹⁰³ *Ibidem*, p. 91.

¹⁰⁴ Jaime Cárdenas Gracia, *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁰⁵ María del Carmen Platas Pacheco, *Op. Cit.*, p. 139.

resolver el caso como lo habría hecho el mismo legislador si lo hubiere previsto...”¹⁰⁶

Usa Dworkin el término “principio” en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de los estándares que no son normas. Llama “directriz” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Llama principio, en sentido estricto, a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.¹⁰⁷ En este sentido los principios son valores, estén positivizados o no.

Gerardo Dehesa Dávila establece que si por principio se entiende el elemento fundamental de una cosa, los principios jurídicos sólo pueden ser los fundamentos del Derecho. Por eso, su inconveniente es que “...son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que, por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales y, las más de las veces, experimentan limitaciones a través de otros principios.”¹⁰⁸

Este inconveniente es utilizado por autores como Kelsen y Ross para asumir una posición escéptica respecto de la posibilidad de demostrar racionalmente la validez de juicios valorativos, pues consideran que no son demostrables, que son meras expresiones de emociones o actitudes que varían de persona a persona y de sociedad a sociedad.

Sin embargo, la validez de los principios no depende de un acto de autoridad sino de su razonabilidad. Por ejemplo, el principio que dice “dame los hechos y

¹⁰⁶ Ismael Macías Barrón, *Op. Cit.*, p. 218.

¹⁰⁷ Ronald Dworkin, *Op. Cit.*, p. 72.

¹⁰⁸ Robert Alexi, *Op. Cit.*, p. 358.

te daré el Derecho” se refiere a que el ciudadano común no es un perito en Derecho y el juez sí lo es, por lo que es razonable que el ciudadano común no tenga la obligación de especificar el Derecho aplicable sino solamente los hechos que el juzgador necesita conocer para aplicarle el Derecho correspondiente.

Reglas y principios se diferencian entre sí por determinadas características. Las reglas:

- Su validez depende de la forma en la que fueron creadas.
- Se aplican o no se aplican, esto es, exigen un cumplimiento pleno de ellas.
- Sus conflictos se resuelven declarando válida y aplicable a una de ellas e inválida e inaplicable a la otra.
- Su forma característica de aplicación es la subsunción.

Los principios:

- Su validez de los principios se debe a que no han sido impuestos por alguna autoridad sino inducidos.
- Son normas fundamentales (fundamento de otras normas) y más generales que las reglas (privadas de un ámbito específico de aplicación).
- Son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas, no necesariamente en forma cabal.
- Están formulados en un lenguaje extremadamente fluido, vago e indeterminado.
- Su significado es concretado al momento de su aplicación.
- No conducen a una consecuencia determinada sino que solamente proporcionan razones que hablan a favor de una u otra decisión.

- No admiten la interpretación literal.
- Su aplicación no es por subsunción.
- Cumplen una función explicativa al aclarar el sentido de una norma o de un conjunto de normas.
- Proporcionan una respuesta cuando las reglas no la proporcionan.
- Sus colisiones se resuelven mediante la ponderación.
- No requieren de fundamento o justificación, ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o como intrínsecamente justos.

2.12. ¿Dónde están los principios jurídicos?

Los problemas fundamentales con la aplicación de los principios es saber dónde están, cuáles son, si tienen reconocimiento y cómo aplicarlos.

Son variadas las opiniones en cuanto a la fuente de la que pueden ser extraídos los principios jurídicos. Las principales fuentes enunciadas son el Derecho natural, el derecho comparado, la práctica judicial, el derecho romano, la ciencia o doctrina jurídica y la legislación.

Para la posición naturalista, los principios generales del Derecho equivalen a las normas del Derecho natural, las cuales pueden o no estar reconocidas por el Derecho positivo pero cuya vigencia, validez y obligatoriedad es innegable.

La posición positivista contemporánea admite como principios solo a los que contiene expresamente el sistema legal positivo y los que pueden obtenerse inductivamente a partir de otras normas jurídicas del sistema.

Una tercera postura es que "...los principios generales del Derecho no son tan solo máximas preconcebidas situadas al lado de las normas legales, sino que se derivan en gran medida de una consideración integral del material jurídico existente -normas, jurisprudencia, doctrina, etc.- en su relación con el caso

concreto.” Por lo tanto, se trata de una postura que postula la construcción o concretización de los principios generales del Derecho, para un caso dado. El juez es libre para utilizar los métodos que considere adecuados para construir los principios jurídicos, mientras use el material jurídico existente y emplee un razonamiento reconocido por el Derecho.¹⁰⁹

La postura de cada juzgador en cuanto a la fuente de la que obtenga el principio jurídico para resolver o sustentar su decisión, dependerá de su postura teórica frente al Derecho. Esta labor es más sencilla a partir de teorías jurídicas como el garantismo o el neoconstitucionalismo, pues los principios incorporados a la Constitución o a las leyes emanadas de ella tienen pleno reconocimiento, por lo que su validez no es puesta en duda.

2.13. Clasificación

En sentido amplio, se puede hablar de dos tipos de principios: a) de Derecho sustantivo y b) de Derecho procesal.

Por la extensión de su ámbito, existen cuatro tipos de principios: a) principios de un instituto; b) principios de una materia; c) principios de una rama jurídica y d) principios de todo un orden jurídico.

Por la función que cumplen, podemos hablar también de cuatro tipos: a) interpretativa o hermenéutica; b) integradora; c) directiva y d) limitativa.

Por su fuente, se podría distinguir entre principios legislados y principios no legislados.¹¹⁰

¹⁰⁹ Víctor Manuel Rojas Amandi, *Op. Cit.*, pp. 260-263.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 155, 156 y 249.

2.14. ¿Cuáles y cuántos son los principios generales del Derecho?

Como se analizó en los puntos anteriores, son diversas las fuentes de las que se puede extraer o construir principios jurídicos, por lo que el número de estos no es posible saberlo con exactitud; tan solo basta observar que al paso del tiempo la vida jurídica ha dejado como legado un gran número de enunciados de los denominados aforismos que han sido recogidos, algunos por las normas y los más, por la doctrina jurídica.

Existen principios más generales como la justicia, la igualdad, la libertad, la seguridad jurídica, la equidad; no obstante, existe también una gran cantidad de aforismos jurídicos contruidos o recogidos por la doctrina.

2.14.1. Derechos humanos

Los derechos humanos tienen fundamento filosófico en el pensamiento de la ilustración, con abundantes argumentos en defensa de la dignidad humana. Ejemplo de ello es la Jurisprudencia emitida por el Poder Judicial Federal de México, que define a la dignidad humana como el origen, esencia y fin de todos los derechos humanos.¹¹¹ De esta forma, los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y superiores al Estado.¹¹²

En el plano jurídico, el surgimiento de los derechos humanos es paralelo al advenimiento del Estado constitucional.¹¹³ El contenido mínimo de una constitución en una moderna democracia constitucional son los derechos de las

¹¹¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Décima Época, Libro 1, Octubre de 2011, Tomo 3, p. 1,528, tesis I.5º.C.J./30 (9a.), registro 160,870.

¹¹² Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y otros (coordinadores), *Derechos Humanos en la Constitución*, Tomo I, México, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 5.

¹¹³ Miguel Carbonell, *Teoría de los Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, México, Ed. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C., 2014, p. 5.

personas y la división de poderes. El primer aspecto es el que interesa al presente trabajo, pues tenemos un catálogo de derechos humanos a nivel constitucional en el que se establecen las bases de lo que no pueden hacer los gobernantes y lo que no pueden dejar de hacer.

Así, por una parte contamos actualmente con un catálogo de principios constitucionales que al estar positivizados en la norma fundamental, su validez y aplicación es indiscutible. Por otra parte, cualquier derecho o valor que no esté contemplado dentro de tales principios constitucionales, puede ser invocado bajo el título “derecho humano”. No obstante, la mayoría de los principales derechos humanos se encuentran incluidos en el sistema jurídico por medio de algún ordenamiento legal, ya sea la propia constitución o algún tratado internacional ratificado por el país en el que se invoque tal o cual derecho humano.

El mayor beneficio de los derechos humanos fundamentales a la teoría de la argumentación jurídica es que con ellos es posible justificar la denominada interpretación conforme, en la que los jueces al estar sujetos al orden constitucional deben ajustar sus resoluciones al marco de derechos humanos establecidos tanto en la propia Constitución como en los tratados internacionales aplicables.

2.14.2. Justicia

Es la justicia el valor más abstracto del Derecho. Conceptualizarla es una tarea complicada.

Para Zenón (350-260 a.C.) fundador de la escuela de los estoicos, todo el universo se compone de una sustancia, la razón. Esta es la base del Derecho y la justicia.¹¹⁴

La concepción utilitarista de la justicia establece que justo es lo que proporciona la mayor felicidad al mayor número de personas.

Desde el punto de vista formal, la justicia consiste en tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría. De esta forma, la justicia se relaciona intrínsecamente con la igualdad, pero esta choca con las estructuras y jerarquizaciones de las sociedades, por lo que la idea de igualdad absoluta parece algo utópico. Por eso, ideas más realistas relacionan la justicia con el sentido de respeto a lo que pertenece al otro, a sus derechos, posesiones y derechos.

“Justicia es dar a cada quien lo suyo” afirmó Ulpiano. Tal concepto genera otras interrogantes: ¿qué es lo suyo de cada quién; lo que la ley le atribuye, lo que su rango le concede, lo que sus méritos personales le hacen acreedor, lo que su trabajo le genera o lo que sus necesidades le hacen requerir?

John Rawls señala que “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento.”¹¹⁵ Uno de los principales planteamientos de su teoría es que los principios de justicia son el objeto del acuerdo original para la estructura básica de la sociedad, esto bajo la teoría tradicional del contrato social; principios que serían aceptados por personas libres, mutuamente desinteresados (no ventajosos), racionales y en un estado de igualdad inicial. Dos de los principios que serían escogidos, señala el autor, serían por una parte, igualdad en la repartición de derechos y

¹¹⁴ Edgar Bodenheimer, *Op. Cit.*, p. 134.

¹¹⁵ John Rawls, *Teoría de la Justicia*, trad. María Dolores González, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, p. 17.

deberes básicos, y por otra, la idea de que las desigualdades sociales y económicas (por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad) solo sean justas si producen beneficios compensadores para todos y en particular para los miembros menos aventajados de la sociedad.¹¹⁶

Un tipo de justicia descrita por Rawls es la puramente procesal, que se da cuando el procedimiento seguido para determinar el resultado es efectivamente observado e imparcial, independientemente del resultado obtenido.

Indica que no es posible afirmar que todo hombre tiene suficiente razón para conservar su sentido de la justicia, pues este bien depende de la clase de personas que somos, de los tipos de deseos y aspiraciones que tenemos y de qué somos capaces. Por otra parte, existe una inanalizable racionalidad colectiva en cuanto a los principios de justicia.¹¹⁷

Así, observamos una idea de justicia asociada con la razón, no tanto individual sino más bien colectiva, relacionada también con la igualdad en la distribución de derechos y deberes, y con el respeto de los derechos de cada uno; idea que, aunque reconoce la inevitable existencia de desigualdades, propugna establecer compensaciones para quienes tienen alguna desigualdad en su contra.

Rawls ha formulado también una concepción de la justicia como equidad, la idea de la sociedad como sistema equitativo de cooperación social a lo largo del tiempo de una generación a la siguiente, a partir de dos bases: los ciudadanos libres e iguales así como de la idea de una sociedad bien ordenada, es decir, efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia; cuya meta es proporcionar una base filosófica y moral aceptable para

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 24-27.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 520.

las instituciones democráticas.¹¹⁸ El punto central es determinar los términos equitativos de la cooperación social entre los ciudadanos, de ahí el nombre de justicia como equidad.

Señala que existen tres niveles de justicia: en primer lugar, la justicia local, los principios que se aplican directamente a las instituciones y asociaciones; en segundo lugar, la justicia doméstica, los principios que se aplican a la estructura básica de la sociedad; y en tercer lugar, la justicia global, los principios que se aplican al derecho internacional.

Entonces, la justicia tiene principios, dos particularmente: a) cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema adecuado de libertades básicas que sea compatible con un esquema de libertades para todos; y b) las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer a su vez dos condiciones, en primer lugar, estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades, y en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.¹¹⁹ Los menos aventajados son los que pertenecen a la clase de ingreso con las expectativas más bajas.

Indica que la justicia como equidad es utópica pero a la vez realista, ya que parte desde un régimen democrático existente en el que dadas sus leyes y tendencias, para examinar los límites de lo practicable para lograr la completa realización de los valores políticos que le son propios, esto es, la perfección democrática.¹²⁰

¹¹⁸ John Rawls, *La justicia como equidad, una reformulación*, trad. Andrés de Francisco, España, Ed. Paidós, 2012, p. 27-28.

¹¹⁹ John Rawls, *La justicia como equidad, una reformulación*, *Op. Cit.*, p. 73.

¹²⁰ *Íbidem*, p. 36.

Pero ¿cómo se logra la justicia como equidad? Rawls afirma que es a través de una psicología moral razonable, esto es, puesto que las personas son capaces de ser razonables y racionales, así como de implicarse en la cooperación social equitativa, entonces: 1) la persona al tener dos facultades morales, los ciudadanos tienen la capacidad para formarse una concepción del bien y a su vez la capacidad para desarrollar concepciones de la justicia, y no solo eso, sino que tiene la facultad de actuar de acuerdo con esas concepciones; 2) cuando creen que las instituciones o prácticas sociales son justas o equitativas, los ciudadanos están dispuestos a hacer con gusto la parte que les corresponde en el orden institucional, siempre que tengan la suficiente garantía de que los demás harán su parte; y 3) entonces los ciudadanos desarrollan confianza y seguridad en esas instituciones justas y equitativas,¹²¹ pues se logra una especie de retribución de acciones justas entre unos y otros.

No obstante todo lo anterior, la Justicia es ante todo, una vivencia; pues resulta como consecuencia de un juicio personal que declara que algo es justo o injusto.¹²²

2.14.3. Equidad

“La equidad es el principio absoluto del Derecho y por lo mismo no puede encontrarse en el mismo nivel de los demás que solo alcanzan el carácter de generales.”¹²³

Se asocia también con la igualdad pero específicamente al momento de aplicar el principio de igualdad a los casos concretos, considerando las circunstancias de cada uno de ellos. Es una mejor justicia.

¹²¹ *Íbidem*, p. 36.

¹²² Miguel Villoro Toranzo, *La Justicia como Vivencia*, México, Ed. Porrúa, 2004, p. 3 - 4.

¹²³ Sergio T. Azúa Reyes, *Op. Cit.*, pp. 168-169.

2.14.4. Igualdad

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, en su artículo 1º estableció: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

La igualdad generalmente se asocia con la calidad de ser humano de la que participamos todos por igual, por lo que una consecuencia es que gocemos de lo mismo por tener la misma naturaleza.

Sin embargo, las circunstancias reales de la sociedad conducen a aceptar que no existe igualdad en términos absolutos, pues son evidentes las diferencias sociales, culturales y materiales entre las personas.

Por lo tanto, el derecho de igualdad reconoce la existencia de diferencias personales pero exige la exclusión de diferencias sociales, es decir, admite que los individuos únicamente somos iguales en cuanto a que todos participamos de la misma naturaleza humana pero somos diferentes entre sí, no obstante, no permite la discriminación por motivos de raza, sexo, religión, etc. Esta es la compleja y abstracta idea de igualdad, misma que ha sido incorporada a la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos vía Constitución.

El Derecho enfrenta un enorme problema en relación con este tema: ¿cómo lograr la igualdad? Esto es abordado desde distintos ámbitos:

A) el mandato de no discriminación, del que se desprende la obligación a las autoridades e incluso a los particulares, de dar un trato igual a las personas.

B) igualdad entre el hombre y la mujer, como una forma de terminar con el trato desigual e injustificado que las diferentes culturas han dado entre el hombre y la mujer, sujetando a esta incluso a tratos humillantes, por lo que se ha

conseguido desde la igualdad de oportunidades en la vida política hasta la equivalencia de decisiones en el apartado familiar. Por ejemplo, John Rawls afirma que para instaurar la igualdad entre hombres y mujeres en el reparto del trabajo en la sociedad, se necesitan cláusulas especiales de derecho familiar para que la carga de dar a luz, la crianza y educación de los hijos no socave su equitativa igualdad de oportunidades.

C) igualdad sustancial, entendido como mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos que impiden el logro de la igualdad en los hechos, mediante la identificación de los grupos con mayor vulnerabilidad para ejercitar a su favor medidas de acción positiva de discriminación inversa y así lograr mayor promoción y protección de estos grupos vulnerables.¹²⁴

Finalmente, cabe señalar que del principio general de igualdad podemos advertir obligaciones diferenciadas para los poderes del Estado: por una parte, para los creadores de las normas (el legislador) y por otra parte, para los aplicadores de la ley (ejecutivo y judicial).

El legislador tiene como exigencias especiales en materia de igualdad: 1) no discriminar; 2) combatir prácticas discriminatorias; 3) establecer normas que traten igual a los iguales y desigual a los desiguales; 4) establecer distinciones normativas razonables, siempre y cuando no haya prohibición expresa para ello; y 5) justificar clara y razonablemente las distinciones realizadas (con una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, que sea útil y necesaria la medida empleada, y que sea proporcionar al objetivo legítimo buscado). El aplicador de la ley tiene como funciones elementales en materia de igualdad: 1) no discriminar; 2) no aplicar leyes discriminatorias; 3) no hacer ninguna

¹²⁴ Miguel Carbonell, *Teoría de los Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, Op. Cit., pp. 54-56.

diferencia que el derecho a aplicar no establezca expresamente; y 4) aplicar a iguales el mismo trato, sin privilegio alguno.¹²⁵

2.14.5. Libertad

Podemos diferenciar entre libertad física y libertad de pensamiento. La primera tiene que ver con la facultad de autodeterminación en nuestro actuar sin estar obstaculizados para ello. Cualquier afectación a este derecho resulta muy evidente, por ejemplo, la esclavitud, la prisión o el secuestro.

Por su parte, la libertad de pensamiento tiene una naturaleza muy diferente. Nuestro intelecto no puede ser encerrado mediante límites físicos, pero cabe la posibilidad de que nuestro pensamiento sea dirigido en alguna medida sin nuestro consentimiento, nos demos o no cuenta de ello. Por ejemplo, con la coacción, las amenazas, la violencia física y emocional, puede forzar al individuo a determinarse de alguna forma por miedo. Pero también existen otras formas de limitar nuestra libertad de pensamiento que son aquellas que penetran en el subconsciente del individuo, por ejemplo, los mensajes subliminales.

Para los positivistas, la libertad no es natural sino que esta se genera por la concesión de las normas jurídicas. Una visión garantista aceptaría la existencia de libertades naturales de los hombres, con intervención estatal solo para reprimir comportamientos de otros miembros de la sociedad que vayan en contra del ejercicio de tales libertades. Así, el Estado garantiza el ejercicio de las libertades individuales a sus titulares, tales como la libertad de reunión, libertad de asociación, libertad de publicación de las ideas, libertad de enseñanza, libertad religiosa, entre otras. En estos casos, el planteamiento

¹²⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y otros (coordinadores), *Op. Cit.*, p. 421-422.

esencial es que una razonable libertad tiene como límite el respeto a los derechos de los otros.

Ahora bien, podemos observar que si bien es cierto el Derecho puede reconocer e incluso garantizar el respeto a las libertades individuales, lo cierto es que debido a las desigualdades materiales de las sociedades capitalistas actuales, objetivamente no tenemos las mismas libertades, pues para ello debiéramos tener las mismas posibilidades económicas, sociales y culturales. Por lo tanto, los derechos de libertad ahí están, en los textos legales, pero ejercitarlos probablemente no todos podamos, cuando menos no en la misma medida.

No obstante lo anterior, es preciso advertir que el Estado puede imponer límites a la libertad que tienen que ver con el principio del daño, esto es, la libertad está condicionada a que el ejercicio de los derechos no dañe a los demás.

2.14.6. Seguridad jurídica

La seguridad o certeza jurídica es el conocimiento que nos proporciona el Derecho respecto de los derechos y obligaciones de cada persona, los límites a la libertad personal para realizar distintos actos jurídicos así como las consecuencias que cada uno de esos actos conllevan. Por lo tanto, el gobernado puede saber cómo debe comportarse frente a los demás, cómo deben comportarse estos con respecto a su persona y cómo deberá comportarse la autoridad en cada caso. Así, en resumidas cuentas, la seguridad jurídica equivale a la confianza que el gobernado deposita en el sistema jurídico en cuanto a que las autoridades del Estado no le privarán o molestarán sino es mediante los requisitos que impone el propio ordenamiento jurídico, entre los cuales destaca la competencia limitada de cada autoridad, la imposibilidad de aplicar leyes en forma retroactiva y las reglas formales que debe cumplir un tribunal para privar de la libertad a una persona.

Hay dos tipos de seguridad jurídica: una formal y otra material. La primera implica la obediencia de las reglas jurídicas por parte de las autoridades, lo que consiste en el principio de legalidad del Estado de Derecho. La segunda corresponde al Estado constitucional de Derecho, en el que las resoluciones judiciales no siempre se resolverán mediante la aplicación gramatical de las normas sino también con la ponderación de valores, a fin de que la predecibilidad de las tales resoluciones provenga de los principios del ordenamiento jurídico y otro tipo de cualidades morales externas a éste que hacen aceptables las decisiones tomadas.¹²⁶

En otra parte, para el derecho anglosajón la seguridad jurídica se obtiene también por el uso de los precedentes judiciales, que garantizan estabilidad y uniformidad en las decisiones respecto de un mismo tipo de casos.

Para la teoría estándar de la argumentación jurídica, la seguridad jurídica se logra no tanto por la aplicación mecánica de las normas sino que incorpora el elemento de racionalidad en la aplicación del Derecho, así como el uso de los principios jurídicos para solucionar los conflictos.

2.14.7. Aforismos

Algunos de los aforismos que a modo de principios jurídicos han sido recogidos por la doctrina jurídica, son los que enseguida se enlistan, tomados para el presente trabajo de tres excelentes obras: “500 aforismos jurídicos vigentes” de Germán Cisneros Farías, “Verdad y argumentación jurídica” de Gerardo Ribeiro Toral y “Los Principios Generales del Derecho y los Criterios del Poder Judicial de la Federación” de Rafael Sánchez Vázquez.

¹²⁶ Santiago Nieto, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral, una propuesta garantista*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 278-279.

Principio que define la Justicia:

1. La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho (*iustitia est constans est perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*).

Principios que guían la actividad probatoria:

2. No debe estrecharse la facultad de probar (*probationum facultas coangustari non debet*).
3. Al que niega no le toca probar (*negantis factum nulla est probatio*).
4. La carga de la prueba incumbe al actor (*onus probandi incumbi actori*).
5. La prueba incumbe a quien afirma, no a quien niega (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*).
6. La carga de la prueba incumbe al que se asevera haber pagado (*solutionem adseveranti probationis onus incumbit*).
7. Quien alega una excepción, debe probar lo que alega (*qui excipit, probare debet quod excipitur*).
8. Lo notorio no requiere prueba (*notorium non eget probatione*).
9. El dicho de un testigo es como el de ninguno (*dictum inius dictum nullius*).
10. La prueba vence la presunción (*probatio vincit praesumptionem*).
11. Nadie está obligado a hacer manifestaciones contra sí mismo (*nemo tenetur edere contra se*).
12. En los testigos debe atenderse más a sus calidades que su número (*testium non tam multitudo quam qualitas consideranda est*).
13. Se presume que todos son inocentes (buenos).
14. Al confeso se lo tiene por juzgado.
15. La confesión solo perjudica al que la hace.
16. La misma cosa es no existir y no probarse.
17. Quien afirma respecto de un lado del dilema niega respecto del otro.

Principios que guían la decisión del juez:

18. Dame los hechos y te daré el Derecho (*da mihi factum dabo tibi jus*).
19. Abogado: pasad a los hechos; la corte conoce el Derecho (*iura novit curia*).
20. En la duda, abstente (*in dubiis, abstine*).
21. La duda favorece (*in dubiis favorabilia*).
22. La duda favorece al trabajador (*in dubio pro operario*).
23. En la duda, a favor del reo (*in dubio pro reo*).
24. En caso de duda se debe decidir a favor del acusado.
25. En caso de duda se debe decidir por la libertad del acusado.
26. En la duda es mejor la condición del poseedor (*in dubio pro possessore*).
27. En caso de duda debe decidirse más bien contra el fisco (*in dupio magis contra fiscum est respondendum*).
28. En la duda hay que absolver al demandado (*in dubiis, reus est absolvendus*).
29. En caso dudoso es mejor favorecer al que reclama lo suyo que al que intenta lucrar (*in re obscura melius est favere repitioni, quam adventio lucro*).
30. A igual razón, igual disposición (*ubi eadem ratio, eadem dispositio*).
31. A igual razón, igual Derecho.
32. Cuando la ley quiere, lo dice; cuando no lo quiere, guarda silencio (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*).
33. Al poseedor no le compete la acción sino la excepción (*possident non competit actio, sed exception*).
34. Para juzgar con imparcialidad es preciso escuchar a ambas partes (*audi alteram partem*).
35. El juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes (*iudex secundum aleeagata et aprobata a ratibus iudicare debet*).
36. Lo accesorio sigue a lo principal (*accessorium sequitur principali*) .

- 37. Razón para decidir, razón suficiente (*ratio decidendi*).
- 38. En la interpretación de un acto se debe buscar validarlo más bien que anularlo.
- 39. La cosa juzgada debe ser reconocida como verdadera.

Principios que limitan al juzgador:

- 40. Conoce el superior solo de lo que se apela (*tantum devolutum quantum appellatum*).
- 41. No hay juez o juicio sin actor (*nemo iudex sine actore*).
- 42. El juez no puede ir más allá de lo pedido por las partes (*ne ad index ultra petita partium*).
- 43. Está prohibido revisar para empeorar (*non reformatio in peius*).
- 44. Lo que se juzga para unos no puede perjudicar ni beneficiar a otros (*res inter alios judicata, alius nec nocere nec prodesse potest*).
- 45. No hay delito sin ley ni pena sin ley (*nullum crimen sine lege y nulla poene sine lege*).
- 46. No dos veces por una misma cosa (*non bis in ídem*).
- 47. Nadie debe ser perseguido dos veces por la misma causa.
- 48. Fuera del territorio de su jurisdicción el juez es un particular (*iudex extra territorium est privatus*).
- 49. No debe ser oído el que alega sus propias torpezas (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).
- 50. No debemos distinguir donde la ley no lo hace.
- 51. En las cosas claras no se precisa interpretación (*inclaris non fit interpretatio*).
- 52. Cuando la ley no distingue, tampoco nos incumbe distinguir (*ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere*).
- 53. Nadie debe ser perseguido dos veces por la misma causa (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*).
- 54. El fisco no suele dar caución (*fiscus non solet satisdare*).

- 55. El juez está impedido para utilizar sus informaciones privadas sobre los hechos (*secundum probata decidere debet*).
- 56. La prescripción no corre contra quienes no pueden actuar en justicia (*contra non valentem agere non currit praescriptio*).
- 57. El día del comienzo no se computa en el plazo (*dies a quo non computatur in termino*).
- 58. Una vez que se ha elegido un procedimiento, no puede adoptarse otro (*electa una via, non datur recursus ad alteram*).
- 59. Nadie puede ser condenado sin ser escuchado (*nemo inauditus condemnatur*).
- 60. De conformidad y en ausencia a la ley, pero no contra la ley (*secundum y praeter legem, pero no contra legem*).
- 61. La condena no puede sobrepasar la demanda.
- 62. Hay que oír a la parte contraria.
- 63. La obligación no se presume.
- 64. No se puede hacer recaer más de una vez, sobre el sujeto, la responsabilidad de un hecho.
- 65. No hay deber jurídico, ni consiguientemente sanción, para el caso de inobservancia, si no existe una norma que imponga la observancia del deber.
- 66. Las leyes no han de ser juzgadas.

Principio que guía al gobernante:

- 67. La salud del pueblo debe ser la suprema ley (*salus populi, suprema lex est*).

Principio que limita al legislador:

- 68. Está prohibido reformar para empeorar (*non reformatio in pejus*).

Principios relacionados con las normas jurídicas:

- 69. La ley posterior no deroga la ley especial anterior (*lex posteriori, non derogat priori special*).
- 70. Ley posterior deroga a la ley anterior.
- 71. Ley especial deroga ley general.
- 72. No hay regla sin excepción (*nulla regula sine exceptione*).
- 73. La excepción aclara la regla (*exceptio declarat regulam*).
- 74. La costumbre es el mejor intérprete de las leyes (*consuetudo es optima legum interpretes*).
- 75. El género se deroga por la especie (*generi per speciem derogatur*).
- 76. En lo general se comprende siempre lo especial (*semper specialia generalibus insunt*).
- 77. Una ley injusta no es ley (*lex injusta non est lex*).
- 78. La ley es dura pero es la ley.
- 79. Todos tienen iguales Derechos y deberes frente al ordenamiento jurídico (la ley es igual para todos).

Principios relacionados con los hechos y actos jurídicos:

- 80. No es posible alegar error de Derecho o escapar de las consecuencias legales de un acto jurídico regular y válido (*errore juris nocet*).
- 81. Libertad es la facultad de hacer lo que es permitido por la ley (*libertas est potestas faciendi id quod iure licet*).
- 82. Lo que el legislador no se reserva se entiende consentido (*quod autor canonis non reservavit, hoc concessisse videtur*).
- 83. A nadie es lícito ignorar el Derecho (*nemini licent ignorare ius*).
- 84. La ignorancia de la ley no excusa (*ignorantia legis non excusat*).
- 85. La ignorancia de hecho es excusable, no así la del Derecho (*ignorantia facti, non iuris excusatur*).
- 86. Primero en el tiempo, preferido en el Derecho (*prior tempore, potior iure*).

87. Todo hecho jurídico se regula por la ley del tiempo en que el hecho quedo jurídicamente realizado (*tempus regit factum*).
88. Debe aplicarse la ley del lugar en que se encuentra la cosa litigiosa (*lex rei sitae*).
89. La ley del lugar regula las formalidades de los actos (*locus regit forma actus*).
90. Las cosas o actos son para los que intervienen en ellos (*res inter alios acta*).
91. Lo que no está en actas no existe en el mundo (*quod non est in actis non est in hoc mundo*).
92. No es tolerable la ignorancia de un acto propio (*non est tolerabilis ignorantia in facto proprio*).
93. Nadie puede impugnar un Derecho propio (*proprium factum nemo impugnare polest*).
94. La ausencia prolongada y la muerte se equiparan (*absentia longa et mors a equi parantur*).
95. La cosa se transmite con sus cargas (*res transir cu monere suo*).
96. En ningún caso se responde del caso fortuito (*casus fortuitus in nullo contracto praestut*).
97. El caso fortuito excusa de la mora (*casus fortuitus a mora excusant*).
98. El que se emplea en cosa ilícita responde hasta el caso fortuito (*qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*).
99. Nadie puede ser deudor de sí mismo (*debitur sui ipsius nemo asse potest*).
100. El que usa de su derecho no se considera que obra con dolo (*nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*).
101. Nadie debe enriquecerse en perjuicio o detrimento de otro (*locupletari non debet a liquis cum alterius uniria vel iactura*).
102. El que ordena matar es considerado como homicida (*mandator caedis pro homicida habetur*).
103. El acto simulado no tiene valor (*actus simulatus nullius est momenn*).

104. En las obligaciones solidarias, elegido un dador, se considera excluido el otro (*obligationibus in solidum , elect ounum, alterum exclusisse videtu*).
105. Nadie se obliga prometiendo un hecho ajeno (*nemo aeienum factum promittendo obligatur*).
106. El hecho del tutor es el hecho del pupilo (*factum tutoris, factum pupilli*).
107. La omisión de las formas legales anula los actos (*actus omissa forma legis curruit*).
108. Sin causa no hay obligación (*sine causa, nulla obligatio*).
109. Todo el Derecho lo creó el consentimiento, lo instituyó la necesidad, o lo estableció la costumbre (*omne ius, aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavot consuetudo*).
110. Es lícito rechazar la fuerza con la fuerza (*vim vi repellere licet*).
111. El que compra contra las leyes, se presume que no tiene buena fe (*qui contra jura mercatur , bonam fidem praesumitur non habere*).
112. En vano invoca el auxilio de la ley el que obra contra ella (*legis auxilium frustra invocat qui committit in legem*).
113. El consentimiento y no el concúbito es lo que forma las nupcias (*nuptias non concubitus, sed consensus facit*).
114. Lo que está prohibido por la naturaleza de las cosas no puede confirmarse por ley alguna (*quar rerum natura prohibentur, nulla legeconfirmata sunt*).
115. Nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*).
116. De la malicia no debe sacarse ventaja (*ex malitia nemo commodum habere debet*).
117. Lo que abunda no suele viciar las escrituras (*non solent quae abundant vitiare scripturas*).
118. Los pactos deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*).
119. El que obra por medio de otro, obra por sí mismo (*qui per alium facit, per se ipsum facere videtur*).
120. Nadie puede transferir más derechos que los que él tiene.
121. El propietario soporta el daño resultante del azar.

122. No se puede atacar lo que resulta del propio hecho.
123. Las leyes han sido escritas para los que no son negligentes.
124. El Derecho favorece lo que es legítimo.
125. No es tolerable la ignorancia de un acto propio.
126. Nadie puede impugnar un hecho propio.
127. La cosa se transmite con sus cargas.
128. Mientras está pendiente la condición nada se debe.
129. El Derecho nace del hecho.
130. El dolo no se presume.
131. Quien ejerce su Derecho a nadie injuria.
132. La ley del lugar regula las formalidades de los actos.
133. La muerte extingue todas las obligaciones personalísimas.
134. El Derecho y la obligación son correlativos.
135. Lo que está expresado puede perjudicar; lo que no está expresado no puede perjudicar.
136. La forma da existencia a la cosa.
137. Los muebles siguen a las personas.
138. La capacidad de obrar es la regla, la incapacidad es la excepción.
139. El principio es la libertad de las formas de los actos y de los negocios, la observancia de una determinada forma es la excepción.
140. El acreedor no debe agravar con el hecho propio la situación del deudor.
141. Se responde de los propios actos, no de los ajenos.
142. Cada cual tiene Derecho a todo el fruto de su propio trabajo.
143. En el conflicto entre dos adquirentes del mismo Derecho, es preferido quien haya sido el primero en adquirirlo.
144. A nadie le es lícito hacerse justicia por su mano.
145. Nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro.

2.15. ¿Existe alguna jerarquía?

Cuando decidimos con base en normas jurídicas positivas, generalmente es una labor sencilla; como se ha visto, su aplicación se realiza por medio de una subsunción del hecho en la norma, pero cuando la decisión se decide tomar aplicando principios jurídicos, encontramos el problema de que no existe una única respuesta posible sino un abanico de posibilidades para resolver.

Si es prácticamente imposible realizar una lista acabada de los principios jurídicos, porque no conocemos todos los ordenamientos legales, todas las decisiones judiciales y toda la doctrina elaborada hasta ahora, mucho menos es posible estructurar y jerarquizar los principios para establecer la prevalencia de cada uno de ellos con relación a los demás.

Así también lo refiere Alexi al indicar que no es posible una teoría fuerte de los principios que determine una única respuesta correcta para cada caso, pero que sí es posible un orden débil de principios que consiste de tres elementos: “1) un sistema de condiciones de prioridad. El que las colisiones entre principios deban resolverse mediante la ponderación en el caso concreto no significa que la solución a la colisión sea solamente significativa para el caso concreto, pues pueden establecerse con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos. 2) Un sistema de estructuras de ponderación. 3) Un sistema de prioridades *prima facie*, las cuales establecen cargas de la argumentación debido a que crean un orden en el campo de los principios pero no contienen una determinación definitiva, de manera que argumentos más fuertes pueden cumplir con la carga argumentativa de demostrar la prioridad de otro principio para el caso en estudio.”¹²⁷ Esta teoría débil, comenta el autor, no determina una única respuesta correcta para cada caso.

¹²⁷ Robert Alexi, *Op. Cit.*, pp. 17-20.

El sistema señalado anteriormente nos muestra que el juez no tiene que encontrar o establecer el principio que por su importancia o jerarquía define su decisión para cada caso nuevo que tiene en sus manos, sino que se encuentra vinculado por las decisiones judiciales dictadas anteriormente. Esto es importante porque hace que el sistema jurídico sea más consistente, congruente y uniforme. Solo mediante una argumentación que sea tan sólida como para hacer variar la jerarquía ya establecida mediante la experiencia de la vida jurídica, los juzgadores pueden aplicar un principio que resulte más vinculante para el caso concreto. Tal variación también puede ser realizada por circunstancias sociales, económicas o jurídicas cambiantes. Por lo tanto, tenemos también una jerarquía cambiante o adaptable.

Por otra parte, una postura contraria propone una jerarquía de principios fija. Ejemplo de ella es el constitucionalista argentino Miguel Ángel Ekmekdjian, quien sostiene que bajo la idea de que los derechos constitucionales son proyecciones de los valores y toda teoría de los valores supone un orden jerárquico de los mismos, es preciso concluir que los derechos se encuentran ordenados jerárquicamente; proponiendo dicho autor la siguiente jerarquía en términos absolutos: 1) derechos a la dignidad humana y sus derivados libertad de conciencia, intimidad, defensa; 2) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica); 3) derecho a la libertad física; 4) restantes derechos de la personalidad (identidad, nombre, imagen, inviolabilidad del domicilio); 5) derecho a la información; 6) derecho de asociación; 7) los restantes derechos individuales, y 8) los derechos patrimoniales.¹²⁸

Es interesante esta postura sobre todo por el atrevimiento a declarar una jerarquía absoluta de derechos constitucionales, misma que, a priori, parece

¹²⁸ Jaime Cárdenas Gracia, *Op. Cit.*, p. 148.

racional, sin embargo, no considera que las circunstancias y particularidades de cada caso pueden hacer variar dicha jerarquía propuesta.

2.16. Funciones de los principios jurídicos

Las funciones que realizan los principios jurídicos son las siguientes:

- a) Interpretativa de las normas jurídicas, ya que se considera que los principios son normas más generales y usualmente inspiran a aquellas, por lo que es necesario volver a los principios cuando las normas positivas no son lo suficientemente claras. En esta función también encontramos la llamada interpretación conforme, en la que la interpretación de las normas jurídicas se da en correspondencia con los principios jurídicos de rango constitucional.
- b) Integradora para el caso de existir lagunas jurídicas. Los principios jurídicos revisten gran importancia para la solución de los conflictos jurídicos. Para aplicarlos es necesario que dentro del material jurídico no exista una solución dada, o que habiéndola, no sea racionalmente correcta para el caso en estudio. Posteriormente es necesario establecer el principio aplicable, incluso mediante la ponderación de dos principios contradictorios. Finalmente, del principio establecido deberá derivar la consecuencia jurídica para el caso concreto.
- c) Directiva o inspiradora de la actividad legislativa.
- d) Limitativa en cuanto al alcance de las normas jurídicas positivas.
- e) Atenuadora del rigor de ciertas normas jurídicas positivas que dan al caso concreto una solución particularmente injusta, en cuyo caso la labor del principio jurídico es restaurar racionalmente el equilibrio jurídico

precisamente entre las normas positivas y los principios generales del Derecho, esto con relación al caso concreto.

2.17. Ponderación de principios jurídicos

Antinomia es la oposición de dos normas jurídicas de un mismo sistema, con iguales ámbitos de validez material, espacial y temporal.

De acuerdo con Alf Ross, podemos encontrar antinomias total-total o absoluta, parcial-parcial y total-parcial. Las primeras ocurren cuando la misma conducta se prohíbe y se permite en dos normas distintas. Las segundas cuando dos normas con ámbito en parte igual y en parte diferente, una permite y la otra prohíbe la misma conducta. El tercer tipo se da cuando existe una inconsistencia entre una norma general y una particular.

La forma de solucionar tales conflictos entre normas la obtenemos mediante los siguientes principios de solución de antinomias:

- Criterio cronológico: ley posterior deroga ley anterior.
- Criterio jerárquico: prevalece la que sea jerárquicamente superior.
- Criterio de la especialidad: prevalece la norma especial sobre la norma general.
- Criterio de competencia: se aplica la norma que proviene de la fuente competente para la materia en cuestión.

En cuanto a las antinomias entre principios, Alexi señala que son solucionables mediante un procedimiento de ponderación de los principios fundamentales para el caso concreto.

Tal procedimiento consiste en construir una jerarquía axiológica móvil, atribuyendo mayor peso o valor a uno de los dos principios en conflicto

respecto del otro. El primero es el que será aplicado, sin invalidar al principio de peso menor. Esta jerarquía solo vale para el caso concreto, pues podría invertirse la relación en un caso diverso.¹²⁹

Señala Alexi que la legitimidad de la ponderación en el Derecho depende de su racionalidad; esta a su vez depende de la estructura de la ponderación. Para ello, Alexi desarrolló un procedimiento denominado la regla de la proporcionalidad, la cual consta de tres subreglas o subprincipios: la regla de la adecuación, la regla de la necesidad y la regla de proporcionalidad en sentido estricto.

El primer subprincipio, de idoneidad o de adecuación, sirve para determinar si la intervención en los Derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; esto mediante el análisis de la razonabilidad de la norma, característica que resulta de la correspondencia con la fundamentación de la norma en alguna razón legítima, no arbitraria ni prohibida explícita o implícitamente por la Constitución.

El segundo subprincipio, de necesidad, sirve para analizar si el acto de autoridad o disposición normativa que afecta algún derecho fundamental, es la menos gravosa entre todas las posibles opciones que tengan misma idoneidad para contribuir a la obtención del fin constitucionalmente legítimo y que sea posible de llevarse a la práctica tanto técnicamente como por su costo razonable. La opción más benigna será la que afecte negativamente a la norma jurídica fundamental con menor eficacia, con menor intensidad, de modo menos duradero, con menor probabilidad y menos aspectos relativos al bien jurídico protegido. Si no hay más opciones que la medida en cuestión, entonces será legítima y por ende necesaria, pero no lo será si existe una opción menos perjudicial y con los mismos resultados para el fin legislativo que se persigue.

¹²⁹ Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, Ed. Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001, pp. 145-146.

El tercer subprincipio, de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, sirve para verificar si la intervención en el derecho fundamental está justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por el acto de autoridad o la norma jurídica. La utilización de este subprincipio sigue tres pasos. Primero se determinan las magnitudes que deben ser ponderadas: la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la norma. Enseguida se comparan tales magnitudes para determinar si es más importante la realización del fin perseguido por la norma que la intervención en el derecho fundamental. Finalmente se construye una relación de jerarquía, para el caso concreto, entre el derecho fundamental y el fin perseguido por la norma.

Con este procedimiento, primeramente se define el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, luego se concreta la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario y finalmente debe especificarse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro, utilizando siempre una escala de grados leve, medio y grave para calificar el peso de las razones que justifican la intervención.¹³⁰

En relación con la tercer subregla, Jaime Cárdenas Gracia señala que: a) cuanto mayor es la importancia material de un principio constitucional dentro de la Constitución, mayor es su peso en la ponderación (regla del peso abstracto); b) cuanto más intensa es la intervención en el derecho fundamental, mayor es el peso del derecho en la ponderación; correlativamente, cuanto más intensa es la realización del principio que fundamente la intervención legislativa, mayor es su peso en la ponderación (peso concreto); c) la intensidad de la realización del fin mediato del legislador depende de la función que el fin inmediato

¹³⁰ Robert Alexi, *Op. Cit.*, p. 460.

desempeñe para la satisfacción de los intereses individuales o colectivos que el fin mediano garantiza; d) la intensidad de la intervención en el derecho fundamental depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa afecte negativamente a la posición iusfundamental *prima facie*; e) la intensidad de la realización del fin mediano del legislador depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa contribuya a obtener el fin inmediato del legislador.¹³¹

El procedimiento propuesto por Alexi ofrece como beneficio brindar certeza jurídica basada en la racionalidad de la decisión, sin embargo, tiene como principales objeciones las relacionadas con el “peso” que en el citado procedimiento se asigna al principio o al fin legislativo contrapuesto.

Una crítica más severa al procedimiento en estudio la formula Jürgen Habermas, quien sostiene que no existen “estándares racionales” para ponderar, en todo caso, la justificación consiste más en una figura retórica que permite niveles de subjetividad ilimitados.¹³²

Al respecto de la crítica en mención, es cierto que la subjetividad en una determinación judicial no puede ser evitada del todo en aquellos casos en los que las normas no prevén la solución al caso planteado, pero entre más y mejores razones apoyen la determinación, la subjetividad cederá terreno ante la racionalidad, por lo que a pesar de dicha racionalidad no puede ser medida por estándares, sí puede ser contrastada con razones más contundentes y es ahí donde radica la utilidad del procedimiento de ponderación, al permitir argumentar contra las razones particulares expuestas en cada una de las etapas del procedimiento.

¹³¹ Jaime Cárdenas Gracia, *Op. Cit.*, pp. 145-146.

¹³² Juan Abelardo Hernández Franco, *Op. Cit.*, p. 14.

Además, el simple hecho de utilizar un método para resolver los conflictos jurídicos asegura que la decisión sea más razonada que si solo se enuncia el resultado, pues el método permite seguir un orden preestablecido y enumerar todos los elementos necesarios para construir una solución. Tal es el caso del silogismo, mismo que es necesario para que el cumplimiento de ciertas reglas asegure una conclusión cierta y verdadera. Lo mismo ocurre con el procedimiento de ponderación propuesto por Alexi, cuyo seguimiento asegura que la decisión es más razonada porque se requiere acreditar argumentativamente la decisión tomada en cada una de sus etapas, generando así mayor certeza sobre los motivos de la decisión y propicia una contraargumentación más específica y a la vez abundante.

Ahora bien, es preciso referir que el procedimiento de ponderación de principios constitucionales es un método diseñado específicamente para los tribunales constitucionales, no así para los tribunales o jueces de legalidad, pues el método de ponderación de principios diseñado por Alexi implica que el tribunal analice si una norma jurídica cumple con determinados parámetros para determinar si se encuentra ajustada a la norma fundamental; de tal forma que en realidad constituye un método para argumentar sobre la constitucionalidad de una norma jurídica y por ende, su ejercicio está reservado a los tribunales de constitucionalidad, no de legalidad.

2.18. Aplicación de los derechos humanos en México

En México, este principio fue incorporado mediante la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en junio de 2011. Esta reforma constitucional marcó principalmente un cambio de paradigma en la forma de entender y aplicar el Derecho en el ámbito de los derechos humanos. Podemos afirmar que teóricamente se trata del derrocamiento del formalismo jurídico frente a la nueva cultura constitucional de los derechos humanos.

Incorporó como principio rector en esta materia al principio pro persona, un criterio hermenéutico que obliga a la interpretación extensiva de la norma cuando se trata de reconocer derechos protegidos, y una interpretación restrictiva cuando se determinan limitaciones al ejercicio de derechos.

El principio pro persona tiene dos variantes principales: a) preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir de entre todas las interpretaciones válidas que encuentre para resolver un problema jurídico, aquella que optimice de mejor manera un derecho fundamental; y b) preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si está en posibilidad de aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe en el sistema jurídico.¹³³

El segundo pilar de esta reforma constitucional es la cláusula de interpretación conforme, conforme a la cual el Estado debe realizar ejercicios hermenéuticos de una ley con la finalidad de que esta no sean declarada nula siempre que pueda ser interpretada en consonancia con la constitución y con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Bajo el nuevo paradigma constitucional, se reconoce que ningún derecho humano es absoluto, todos admiten restricciones; sin embargo, para que una restricción legislativa a un derecho humano sea legítima, debe cumplir el test de proporcionalidad analizado en capítulo precedente: a) adecuación, esto es, ser admisible dentro del ámbito constitucional; b) ser necesaria para promover el bienestar general en una sociedad democrática, e idónea para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, siempre y cuando no puedan ser alcanzados esos fines en forma razonable por medios

¹³³ Miguel Carbonell, *Teoría de los Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, Op. Cit., p. 100.

menos restrictivos de los derechos humanos; y c) ser proporcional entre la importancia del fin buscado por la norma restrictiva y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales.

Los jueces y en general todos los órganos de la administración de justicia, en todos los niveles y materias, están obligados a ejercer el control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana de los Derechos Humanos, teniendo en cuenta no solo el texto del tratado sino también la interpretación que del mismo haya hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para ello, se debe seguir el siguiente procedimiento: interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; y cuando haya distintas posibilidades de interpretación válidas, preferir aquella que haga a la norma acorde a los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales; pero inaplicar (no anular) la ley cuando las alternativas anteriores no sean posibles, de tal forma que los derechos humanos deben ser preferidos aún ante la existencia de disposiciones legales contrarias de nivel inferior.

Debido a que el juez tiene que observar objetivamente todas aquellas disposiciones establecidas tanto en la Constitución como en los tratados internacionales aprobados por México, que regulen el derecho humano aplicable al caso concreto, debe enunciar todas esas disposiciones para comprender cómo debe ser entendido un derecho humano en el caso particular, esto es, deduce el bloque de constitucionalidad aplicable al caso.

El control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad es obligación de los jueces mexicanos. En tal sentido, resulta de trascendental importancia la labor del juzgador en esta nueva tendencia de los derechos humanos.

Por ende, el siguiente paso de esta nueva cultura jurídica es la formación de los jueces y abogados a partir de los estudios de licenciatura, especialidad y posgrado, y un enfoque especial de formación continua en materia de aplicación de derechos humanos en todas las instituciones encargadas de la impartición de justicia en todos los niveles y materias. Es necesario conocer no solo las implicaciones de la reforma y su implementación práctica sino también las fuentes, conocer tanto la Constitución como los tratados internacionales aprobados por el país, en materia de derechos humanos. Además, es necesario saber utilizar los argumentos necesarios para utilizar los tratados internacionales, para lo cual de igual forma es indispensable conocer, en materia de tratados, los métodos interpretativos aprobados: en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como la Jurisprudencia aplicable en la materia, emitida por el Poder Judicial Federal. El desconocimiento de lo anterior no solo merma la finalidad de la reforma constitucional sino que constituye una violación a las obligaciones que tiene el juzgador mexicano, en tanto que no aplicará efectivamente los derechos humanos en todos los asuntos que deba resolver.

Afortunadamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y diversos Tribunales Colegiados de Circuito, han establecido una serie de criterios en materia de derechos humanos, concretamente mediante la ponderación de principios. Tal es el caso de la Jurisprudencia que resolvió la problemática jurídica en torno a la ley que impidió fumar en espacios cerrados en establecimientos públicos, respecto de la cual al analizar su constitucionalidad se determinó que tal norma no viola la garantía de comercio: “Si bien es cierto que las medidas legislativas contenidas en la Ley citada restringen las actividades que pueden desarrollarse en los establecimientos mercantiles

abiertos al público en la ciudad, debe destacarse que para ello se adoptan medidas adecuadas y proporcionales cuya finalidad es garantizar el derecho a la salud tanto de los fumadores como de los no fumadores, de modo que no viola la garantía de libertad de comercio contenida en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior es así, porque proteger la salud de las personas es un objetivo sobradamente importante para operar como justificador de la limitación a la libertad de comercio e industria instrumentada mediante una norma que impide fumar en los espacios cerrados de los establecimientos públicos.”¹³⁴

En este mismo sentido, tiene pleno reconocimiento la ponderación de principios como método para evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por el legislador; por ejemplo, en el caso antes analizado, cuando existe tensión entre los derechos fundamentales de libertad de comercio y de protección de la salud, ante la solicitud de revisión de la constitucionalidad de la norma que prohíbe la venta de productos derivados del tabaco: “La litis en el juicio de amparo cuando se plantea la inconstitucionalidad de una norma de observancia general que prohíbe la venta de productos derivados del tabaco y tiene como objetivo la protección de la salud de los no fumadores, implica la concurrencia y tensión entre derechos fundamentales, como son el de libertad de comercio y los relativos a la protección de la salud y a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar, lo que amerita utilizar el método de proporcionalidad en la ponderación para resolver la controversia. Lo anterior es así, porque la libertad de comercio no es absoluta y, en ese sentido, admite restricciones e incluso la concurrencia de otros derechos como los mencionados. En ese contexto, atendiendo al señalado método, para evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por el legislador ordinario, es pertinente corroborar que se atiendan los principios siguientes: a) Admisibilidad. En primer lugar, la restricción creada por el legislador debe ser admisible conforme a la

¹³⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 9, tesis P./J. 25/2011, registro 161,230.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e idónea para regir en el caso concreto donde se actualiza la medida; es decir, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales en los casos y en las condiciones que el propio Ordenamiento Supremo establece, como lo prescribe su artículo 1o. Por tanto, es claro que el legislador no tiene facultades para fijar limitaciones a derechos fundamentales, adicionales a las que derivan de la Norma Fundamental, y sus atribuciones de producción normativa sólo deben desplegarse para dar contenido exacto a aquéllas, que deben ser idóneas y adecuadas para el caso concreto o la necesidad social que determina una regulación; b) Necesidad. La medida legislativa de carácter restrictivo debe ser necesaria para asegurar la obtención de los fines que la fundamentan, porque no basta que la restricción sea en términos amplios, útil para la obtención de ese fin, sino que, de hecho, esa medida debe ser la idónea, óptima e indispensable para su realización. Por ello, el Juez constitucional debe asegurarse de que el fin buscado por el legislador no pueda alcanzarse razonablemente por otros medios menos restrictivos o intrusivos de derechos fundamentales, dado que las restricciones constitucionalmente previstas a éstos tienen un carácter excepcional, lo cual implica que el legislador debe echar mano de ellas sólo cuando sea estrictamente necesario; y, c) Proporcionalidad. La medida legislativa debe ser proporcional, lo que implica respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales. Así, el objetivo es que el resultado del balance entre ventajas y desventajas o entre beneficios y costos, siempre derive en un resultado o cociente positivo, si se quiere superavitario, entendiendo que el beneficio supere al daño, a partir de un equilibrio entre las razones pertinentes y que se atiendan en la medida del óptimo posible para casos concretos. De ahí que los anteriores principios deben contemplarse cuando se trate de restricciones

suficientes u oponibles al disfrute de derechos fundamentales, como en el caso, la libertad de comercio.”¹³⁵

Como vemos, el Poder Judicial Federal ha incorporado a su discurso jurídico tanto el tema de los derechos humanos como la ponderación de estos para la resolución de casos específicos. Ahora toca entonces el turno a los jueces y tribunales inferiores sustituir el rigor formalista por el uso de los principios, particularmente los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales aprobados por México. Este es el denominado control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad, permitido tanto a nivel constitucional como en la Jurisprudencia: “La reforma constitucional de 10 de junio de 2011 incorporó al régimen de derecho del país tres elementos nuevos para expandir la cobertura protectora de las herramientas jurídicas a disposición de los ciudadanos en materia de derechos humanos: 1. La obligación de todas las autoridades de proteger no sólo los derechos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; 2. La interpretación conforme a la Constitución para favorecer en todo tiempo la protección más amplia y, 3. La obligación de proteger y garantizar esos derechos de acuerdo con los principios rectores en la materia; de ahí que el punto toral de dicha reforma fue maximizar la protección de los derechos humanos con independencia del tipo de legislación donde se consagren. En ese contexto, cuando un derecho humano esté reconocido en normas de ámbitos distintos -uno nacional y otro internacional- no debe acudir en todos los casos al derecho externo para resolver un caso concreto, en desmedro del sistema normativo interno; más bien, como requisito previo, el Juez debe realizar un ejercicio de ponderación entre ambas normativas para verificar cuál de ellas otorga una mayor eficacia protectora a la persona, pues sólo cuando la protección internacional es mayor o más eficaz

¹³⁵ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Novena Época, Tomo XXIX, Enero de 2009, p. 2,788, tesis I.4o.A.666 A, registro 168,069.

que la nacional, debe ejercerse el control difuso de convencionalidad ex officio como parámetro de solución.”¹³⁶

¹³⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Décima Época, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II, p. 1,358, tesis 5o.J/10 (10a.), registro 2,005,941.

CAPÍTULO TERCERO: CASOS DIFÍCILES

3.5. ¿Plenitud del ordenamiento jurídico?

El ideal de crear una codificación como la de Justiniano o más recientemente con Napoleón, era precisamente crear un código normativo completo (sin lagunas), claro (fácil de aplicar) y coherente (sin contradicciones) que permitiera al juez solucionar los juicios solamente recurriendo al código para seleccionar la disposición aplicable. Se pretendió contar con un orden jurídico completo que proveyera solución para cualquier asunto sometido a la jurisdicción del juez.

Sin embargo, con el paso de los años ha sido evidente que el legislador, como cualquier ser humano, es incapaz de prever todos los problemas que pudieran suscitarse en el futuro. Ejemplo de esto hoy en día es la reglamentación de los asuntos que tienen que ver con la informática, particularmente con el uso de internet, que constituye un avance científico que era imprevisible para quienes vivieron a inicios del siglo XX.

“El orden jurídico, en los hechos, no constituye un sistema autosuficiente para resolver cualquier caso concebible.”¹³⁷ En este sentido, “hay una laguna en el Derecho cuando una cuestión jurídica no tiene ninguna solución completa.”¹³⁸

Hay distintos tipos de lagunas: 1) cuando el legislador no ha desarrollado una previsión constitucional o legal; 2) cuando el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional una regulación y no ha sido adaptada o sustituida por el legislador; 3) cuando una legislación es preconstitucional y no está adaptada a la situación creada por la Constitución; 4) cuando ha habido una

¹³⁷ Santiago Nieto, *Op. Cit.*, p. 92.

¹³⁸ Joseph Raz, *La Autoridad del Derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, 2ª ed., México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 95.

falta de previsión del constituyente o del legislador ordinario.¹³⁹ Al último supuesto es el que se denomina comúnmente como laguna jurídica.

Frente a estos casos hay dos posturas, una que afirma que efectivamente existe una laguna jurídica y otra que no ve una laguna sino una permisón. Kelsen afirma que la laguna no es más que la diferencia entre el Derecho positivo y un orden tenido por mejor y más justo en opinión del sujeto. Quien afirma la existencia de una laguna, considera altamente deseable que tal determinación existiese.

Una postura positivista aún más radical considera: “El agua de las lagunas entra por los huecos que crea el iusnaturalismo disfrazado y oxida y confunde la relativa y precaria seguridad normativa que proporciona el Derecho positivo.”¹⁴⁰

Aquí es donde resulta útil la Teoría Tridimensional del Derecho, bajo la cual el mundo jurídico comprende no solo el análisis de las normas, la investigación de las conductas humanas o el examen de los principios tales como la justicia, sino el estudio pleno de lo normativo-fáctico-teleológico del Derecho en general como unidad indivisa, con el objeto de penetrar en su esencia íntima y percibir los enlaces existentes o que deben existir entre ellos.¹⁴¹

Bajo dicha teoría es posible desarrollar la solución para cualquier problema jurídico sin la necesidad de abandonar el propio Derecho en busca de la solución, y así, de no encontrarla en las normas será entonces en los

¹³⁹ Francisco Javier Esquiaga Ganuzas, *La Argumentación en la Justicia Constitucional*, Perú, Ed. Grijley, 2013, p. 49-52.

¹⁴⁰ Juan Ruiz Manero y Ulises Schmill, *El Juez y las Lagunas del Derecho*, México, Ed. Fontamara, 2008, p. 131.

¹⁴¹ Roberto Muñoz Ramón, *Tratado de Derecho del Trabajo*, México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 862-863.

principios. “Todo sistema jurídico contiene márgenes que pueden ser llenados con discursos jurídicos”,¹⁴² por lo tanto, la solución será dada por el propio sistema jurídico y entonces no existen propiamente las lagunas jurídicas sino más bien las lagunas normativas (carencia de norma jurídica exactamente aplicable al caso). No obstante, doctrinalmente se conoce como laguna jurídica a la situación en la que no existe igualmente una norma jurídica que solucione determinado caso fáctico, esto es, una laguna normativa; pero aún con el error en la denominación es aceptado el concepto de laguna jurídica por la comunidad científica y por ende su empleo es permitido aunque es preferible el de laguna normativa por ser más claro.

3.6. Integración del Derecho

La técnica para completar el sistema normativo cuando aparece alguna laguna en un ordenamiento jurídico se denomina integración. Esta actividad desarrollada por el juez tiene soporte en el principio de integridad del ordenamiento jurídico y evita que algún asunto se quede sin resolver por la falta de una norma aplicable al caso en concreto.

Entonces, el juez debe crear una norma para resolver el caso, la pregunta es cómo hacerlo. La postura más básica es que el juez no tiene alguna obligación específica al colmar la laguna. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin señalan que el juez puede decidir de cualquier forma, condenando o rechazando la demanda, la única obligación que tiene es juzgar y cumple con ella juzgando en cualquiera de las dos maneras posibles.¹⁴³ Hart comparte igualmente aboga por la libertad discrecional del juez.

Otras ideas señalan que el juez debe colmar las lagunas con base en las necesidades sociales del presente.

¹⁴² Robert Alexi, *Op. Cit.*, p. 453.

¹⁴³ Juan Ruiz Manero y Ulises Schmill, *Op. Cit.*, p. 15.

Por su parte Robert Alexi establece que la decisión judicial para llenar una laguna debe tomarse según los criterios de la razón práctica.

Existen dos formas de integración, la heterointegración y la autointegración. La primera consiste en colmar la laguna mediante fuentes diversas a la dominante, como pueden ser la costumbre o la doctrina, o bien, mediante otros ordenamientos distintos al aplicable para el caso concreto. La autointegración consiste en la integración por medio del mismo ordenamiento jurídico o en el ámbito de la misma fuente dominante. En este caso, los métodos de integración más frecuentes en los sistemas jurídicos modernos son: 1) argumento a contrario; 2) empleo de razonamientos analógicos; 3) aplicación de principios generales del Derecho; y 4) recurso a criterios de equidad.¹⁴⁴

3.7. Casos difíciles

Una de las particularidades de la teoría estándar de la argumentación jurídica es la diferencia entre casos fáciles y casos difíciles. Se dice que los primeros son aquellos para los cuales el ordenamiento jurídico provee una respuesta correcta que no se discute. Respecto de los segundos, Dworkin afirmó que existen cuando hay incerteza, ya por la existencia de varias normas contradictorias que pueden fundar sentencias contradictorias o porque no existe norma exactamente aplicable (laguna normativa). A estos, Joseph Raz les denominó situaciones de indeterminación jurídica.

Manuel Atienza ha agregado una tercera distinción de casos a los que denominó casos trágicos, que se presentan cuando el ordenamiento no proporciona una solución satisfactoria en tanto que cualquier solución adoptada implicaría sacrificar algún elemento esencial de un valor considerado

¹⁴⁴ Jaime Manuel Marroquín Zaleta, *Op. Cit.*, p. 167.

fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral, por lo que la decisión no es solo una alternativa, sino un dilema.

En tales términos, el término “laguna normativa” describe un tipo de problema jurídico que queda englobado en los problemas conocidos como “casos difíciles”, por lo que doctrinalmente el último término alude a una problemática más compleja.

3.8. Solución a casos difíciles

Ante casos difíciles, al Juez corresponde construir la solución, pero la cuestión esencial es cómo lo debe hacer.

Primero diremos que la solución de casos difíciles no es una puerta abierta a la libre discrecionalidad judicial, no debe ser una corazonada ni un pretexto para la subjetividad del juzgador.

El juez al crear el Derecho para resolver el caso difícil elabora una norma particular, pero esta debe estar armonizada con el sistema jurídico al que pertenece, razón por la cual el juzgador que crea Derecho está limitado por el Derecho del sistema jurídico al que pertenece (compuesto esencialmente por normas jurídicas, precedentes judiciales, principios jurídicos y el material jurídico aportado por la doctrina).

Por ende, descartamos la solución propuesta por el positivismo jurídico (que el juez es libre para decidir en cualquier sentido).

También, la solución a los casos difíciles debe ser racional, para lo cual, la construcción argumentativa debe ser clara, coherente y consistente con el resto del material jurídico aplicable, plenamente justificada, adecuada, pertinente, plausible, convincente, elaborada con corrección lingüística, lógica y

metodológica, y con la mayor brevedad posible sin sacrificar elementos necesarios que demeriten las anteriores características (criterios de corrección analizados en el capítulo uno).

Establecer y justificar la solución generada es la parte medular del trabajo del juez. Es indispensable el buen uso de la teoría y práctica del Derecho: ya que “sin una teoría del Derecho no es posible solucionar los casos difíciles”.¹⁴⁵ Pero entre la teoría jurídica que el aplicador jurídico puede utilizar, es conveniente que siga una ideología jurídica identificable y constante, para asegurar decisiones jurídicas coherentes unas con otras.

Sentadas las bases para construir la solución al caso difícil toca ahora señalar el proceso argumentativo en un caso difícil. Señala Neil MacCormick que el proceso de argumentación en un caso difícil debe ser:

- A. En primer lugar, identificar cuál es el tipo problema a resolver:
 - a. Si es un problema de relevancia, cuando existen dudas respecto de la norma aplicable al caso.
 - b. De interpretación, cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso.
 - c. De prueba, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha ocurrido.
 - d. De calificación, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho cae bajo el campo de aplicación de un determinado concepto de la norma.
- B. En segundo lugar hay que determinar si el problema en cuestión surge por:
 - a. Insuficiencia de información.
 - b. Exceso de información.

¹⁴⁵ Ronald Dworkin, *Op. Cit.*, p. 16.

- C. En tercer lugar hay que construir la hipótesis de solución para el problema.
- D. En cuarto lugar, se debe justificar la hipótesis formulada mediante argumentos.
- E. Finalmente, el último paso es el que va de las nuevas premisas a la conclusión.¹⁴⁶

Para el presente trabajo, el problema relevante es la integración del derecho, esto es, un problema de relevancia en tanto que la incerteza consiste en la duda respecto a la norma jurídica aplicable, pues se estima que el legislador no ha previsto una norma que ahora se considera deseable, es decir, el juzgador estima que no existe una regla exactamente aplicable al caso, a efecto de poder solucionar este. De esta manera, queda superado el primer paso del procedimiento propuesto por MacCormick.

En consecuencia, nos encontramos también ante una problemática por falta de información, pues se estima que carecemos de la norma jurídica aplicable al caso concreto; dando así respuesta al segundo paso del procedimiento argumentativo en estudio.

En tercer lugar, es preciso construir la hipótesis para posteriormente justificarla y finalmente establecer la conclusión a partir de las premisas del caso particular. Esto es lo que se pretende resolver enseguida.

Ya sea que tengamos insuficiencia o exceso de información para resolver, esto es, falta de una norma jurídica exactamente aplicable o diversidad de normas, criterios o principios aplicables que aporten soluciones contradictorias, primeramente debemos acudir a las normas constitucionales, mismas que concentran principios jurídicos supremos cuya jerarquía y aplicabilidad no se

¹⁴⁶ Manuel Atienza, *Cuestiones Judiciales, Op. Cit.*, pp. 15-17.

discuten, de los cuales el juez debe ser un garante. En México, por ejemplo, la Constitución está en la cima de la jerarquía normativa, al igual que los tratados internacionales -en materia de derechos humanos- aprobados por el Senado y las normas federales emanadas de ella. Esto constituye la ley suprema con arreglo al artículo 133 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De los preceptos constitucionales y los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano podemos extraer actualmente una gran cantidad de principios bajo los cuales es posible resolver diversos asuntos.

Pero también, si los principios constitucionales no son suficientes o no proporcionan una solución satisfactoria, podemos extraer diversos principios del resto del material jurídico (normas jurídicas, precedentes y ciencia jurídica). Gracias a los principios generales del Derecho podemos resolver cualquier caso difícil.

El problema con los principios es que no proporcionan una solución específica como sí lo hacen las normas jurídicas; por lo que corresponde al juzgador, además de establecer el principio para resolver el caso, dotarlo de significado e indicar las consecuencias que representa para el caso concreto, esto es, decidir conforme al principio elegido.

De lo anterior, conocemos que ante los casos difíciles, la respuesta está en los principios del Derecho; pero para determinar el principio con el que debe ser solucionado el caso difícil es conveniente utilizar un método que nos permita seguir un orden preestablecido y garantice que la solución sea la más razonable de acuerdo con el material jurídico aplicable. El método que emplee el juzgador para determinar el principio aplicable puede ser obtenido de las normas jurídicas aplicables, de la jurisprudencia, de la doctrina o incluso elaborado por el mismo operador jurídico. Con esto se pretende dejar claro que tampoco existe un único método que asegure respuestas correctas o un método que asegure la mejor respuesta. Lo cierto es que el simple hecho de

utilizar un método es acertado porque supone el empleo de la razón, que el orden de pasos es correcto, permite ahorrar tiempo de trabajo y además con el paso del tiempo la mente se acostumbra a su uso.

En este orden de ideas, se propone un procedimiento que nos permita elegir el principio jurídico para colmar una laguna normativa. Primero deberíamos saber cuáles son los principios que podrían servir para ello, por lo que debemos generar hipótesis para buscar todas las posibles opciones y después descartar aquellas que por alguna razón no sean adecuadas. Enseguida, si aún quedan principios que fundan soluciones contrarias entre sí, para elegir uno de ellos debemos jerarquizarlos (jerarquía móvil) tomando en consideración la escala dada por el propio sistema jurídico, su ámbito de aplicación y su importancia en el tiempo del acto jurídico sobre el cual recaerá la sentencia. Si se trata de principios con el mismo nivel jerárquico, como sucede con el constitucional, la elección deberá ser por el principio que mejor optimice los derechos humanos de los involucrados. Finalmente, es necesario concretizar el principio general del Derecho para el caso, esto es, establecer qué implica la aplicación del principio jurídico para el caso concreto, para así construir la norma que sirva para solucionar el problema jurídico.

Conforme a lo expuesto en líneas precedentes, para que el juzgador pueda dar solución de forma justificada a un problema jurídico de los que han sido objeto de estudio medular en esta investigación, es pertinente seguir un procedimiento argumentativo a partir de principios jurídicos, como el siguiente:

- 1) Identificar cuando un problema jurídico es un caso difícil, por la incerteza derivada de la inexistencia de una norma exactamente aplicable al caso (una laguna normativa). El juzgador deberá determinar que una vez revisado el marco normativo aplicable al caso, no es posible subsumir este en alguna norma jurídica. En algunos casos, incluso, deberá explicar por qué una norma

jurídica que aparentemente debe regir la solución del caso concreto, en realidad este escapa del ámbito de solución de la norma.

2) Establecer el principio jurídico que debe servir como premisa normativa para solucionar el caso difícil. Para ello, es necesario:

a) Formular una o varias hipótesis de solución mediante la selección de los principios jurídicos que pueden solucionar el caso. La formulación de la o las posibles hipótesis de solución, es un paso crucial en este método, pues depende del sentido jurídico del juzgador y por ende de su experiencia y conocimiento de la ciencia jurídica.

b) Descartar los principios que: 1) No sean pertinentes para fundar la resolución en un sentido específico, es, decir, que sirva tanto para negar como para otorgar la pretensión solicitada; pues de nada serviría utilizar un principio que sirviera para justificar la decisión en cualquier sentido. Por ejemplo, el principio de igualdad entre el hombre y la mujer no tendría aplicación real en esos términos en un juicio familiar que derivara de una sociedad de convivencia. Este punto no aplica con los principios más generales como justicia, igualdad, seguridad jurídica, etc., debido a que precisamente por su nivel de generalidad, es posible construir con ellos la solución e incluso mediante una argumentación más abundante que haga plausible dicha solución. 2) No sea posible utilizar por disposición legal o criterio jurisprudencial que prohíba su uso. Al respecto, existen materias como la penal que prohíben recurrir a más recursos jurídicos que la literalidad de la ley para sancionar actividades ilícitas. 3) Sean aplicables para una rama o institución jurídica distintas al caso concreto y cuya analogía no sea posible utilizar por ser esta contraria a Derecho.

c) Si existen dos o más principios en pugna, establecer una jerarquía móvil entre los principios seleccionados, considerando: 1) Su jerarquía en el sistema

jurídico (Supremo -constitucional-, obtenido de una norma general secundaria, obtenido de algún precedente judicial u obtenido de la doctrina); 2) Su aplicabilidad (general, específico para una materia, específico para una rama o específico para una institución); y 3) Su importancia en el tiempo de aplicación.

d) Si se trata de principios con el mismo nivel jerárquico, es preciso elegir el principio que mejor optimice los derechos humanos de los involucrados en relación con el sistema jurídico.

3) Formular la norma particular a partir del principio elegido, que sirva como premisa normativa para resolver el litigio planteado. Si sucede que fueron dos o más principios los seleccionados (los cuales no se excluyen sino que son concordantes), entonces se precisa de una interpretación sistemática para obtener la norma con la cual debe ser resuelto el problema jurídico planteado.

4) Explicar las consecuencias que derivan del principio jurídico al caso concreto. Aquí nos encontramos ante el problema final de la investigación: ¿cuál es la consecuencia que se sigue de la aplicación de un principio determinado al caso concreto?

Acudir a argumentos basados en principios jurídicos implica reconocer que la solución no tiene un carácter concluyente como si lo tendría si estuviera basada en una norma jurídica. Aunado a ello, existen principios con un nivel de abstracción más elevado que otros; por ejemplo, el principio “la prueba incumbe a quien afirma” establece con claridad que la parte que en un procedimiento establezca un hecho positivo, tiene la carga de probar tal afirmación; de tal forma que si tuviéramos un asunto en el que no hubiera disposición normativa aplicable para determinar las cargas probatorias, al aplicar dicho principio la consecuencia sería arrojar la carga de la prueba sobre la parte que haya hecho las afirmaciones y no a quien simplemente haya negado los hechos. En este sentido, es relativamente sencillo el uso y

aplicación de los principios que conocemos como “aforismos” pero el uso de los principios más generales es más complejo.

Entonces, para establecer las consecuencias que derivan para principios más generales como equidad, igualdad o libertad, el juzgador debe justificar cómo es que se alcanza la mayor igualdad, equidad o libertad, a través de la explicación de tal principio y su aplicación al caso concreto.

De tal forma que las consecuencias que arroja la aplicación de un principio jurídico tendrán que ser precisadas y justificadas en cada caso, dependiendo de sus características particulares, pero con el correcto empleo de la herramienta fundamental del Derecho, la argumentación jurídica. Esta labor argumentativa tendrá que ser ardua, pues la gran abstracción y generalidad de los principios jurídicos implica un enorme ejercicio intelectual para hacer actuar a los principios en la realidad jurídica, lo que si bien abre las puertas para el libre ejercicio del juzgador, esta libertad no debe ser arbitraria sino sujeta a la razón y al Derecho en general. Con ello, se afirma, es posible resolver cualquier cuestión jurídica que pueda ser denominada un caso difícil.

Ahora bien, una de las más importantes discusiones jurídicas es si para un caso difícil existe solo una respuesta correcta o más bien varias respuestas correctas posibles. La primera postura es sustentada precisamente por Dworkin. La postura jurídica más generalizada sostiene que no es posible arribar a una única respuesta correcta para cada caso planteado. Como lo menciona Atienza, no existen respuestas correctas sino solo respuestas, claramente unas mejores que otras.¹⁴⁷ Entonces, el deber ser de la administración de justicia es buscar siempre la mejor respuesta (solución) para el problema a resolver y justificar debidamente esa determinación.

¹⁴⁷ Rodolfo Vázquez (Compilador), *Op. Cit.*, p. 210.

5) Establecer y justificar la decisión del caso difícil. En este punto, se concentra la utilidad de todo el proceso argumentativo, pues la norma que fue creada específicamente para el caso litigioso particular a partir de principios jurídicos, sirve como premisa normativa; la que una vez contrastada con la premisa fáctica que es el problema litigioso planteado, es posible establecer la conclusión o solución jurídica al problema particular mediante sentencia.

CAPÍTULO CUARTO: ANÁLISIS DE CASO

En la presente investigación nos ocupamos del análisis de la sentencia dictada bajo el toca civil número 1839/2007 formado a raíz del recurso de apelación interpuesto por la parte actora del juicio ordinario familiar con número de expediente 441/2006 del Juzgado Primero Familiar del partido judicial de Querétaro, Qro.; específicamente en la determinación sobre la pretensión accesoria consistente en la disolución de la sociedad conyugal.

De dicha sentencia obtenemos como datos relevantes que:

- Las partes (cuyos nombres se omiten) contrajeron matrimonio.
- El matrimonio de los contendientes fue celebrado en el año de 1974, cuando se encontraba en vigencia el Código Civil para el Estado, que entró en vigencia el 1º de febrero de 1955, y derogado hasta el 1º de enero de 1990.
- No obstante, en el acta de matrimonio celebrado entre las partes de dicho juicio, no quedó establecido el régimen patrimonial bajo el cual fue celebrado el matrimonio.
- La actora del juicio demandó el divorcio necesario por distintas causales.
- Además reclamó como pretensión accesoria la disolución de la sociedad conyugal.
- El demandado negó la procedencia de las causales de divorcio, además de la procedencia de la disolución de la sociedad conyugal, argumentando que en el acta de matrimonio no se estableció ese régimen conyugal de bienes.

Al haber sido acreditada la existencia de la relación matrimonial con el acta de matrimonio correspondiente, pero debido a que en ella no fue establecido el régimen de bienes contratado por los cónyuges, el tribunal determinó:

- Que la controversia se trataba de una cuestión de Derecho.
- Que el acto jurídico estaba regido por la ley vigente en el momento en que fue realizado, independiente de las innovaciones de la legislación. Dicho ordenamiento establecía en su artículo 178 que el contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación de bienes. No contemplaba algún régimen supletorio para el caso de que los contrayentes fueran omisos en especificar expresamente a cuál de los dos se sujetaba el matrimonio que así fuera celebrado.
- Que para determinar a qué régimen patrimonial quedaron sometidos los esponsales celebrados durante la vigencia del ordenamiento legal invocado y para efectos de resolver la laguna que existía respecto del régimen supletorio aplicable, conforme a lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, era necesario recurrir a la integración interpretativa del Derecho, que no es otra cosa que la aplicación supletoria de usos, costumbres y principios generales del derecho contenidos en otros ordenamientos, que permitan colmar el vacío existente.
- Que conforme a esa integración normativa, es aplicable como principio general del derecho, el inherente a que en materia de contratos impera la voluntad de los particulares, siendo el consentimiento el que determina las obligaciones generadas al celebrarse un contrato civil, esto es, debe existir manifestación expresa de obligarse en tal o cual sentido para que sean exigibles.
- Que en consecuencia, cuando hay omisión de los cónyuges, respecto al régimen patrimonial que regirá su matrimonio, no puede tenerse como tal al de sociedad conyugal.
- Que debe entenderse que los contratantes resolvieron conservar en su matrimonio los bienes de su propiedad y por ende, que el régimen patrimonial es el de separación de bienes.

Así las cosas, es indiscutible que el problema planteado es un caso difícil porque no existe una norma que resuelva específicamente el caso concreto: ¿qué régimen de bienes debe ser determinado cuando no se especificó en el acta de matrimonio y la ley aplicable no contempla el régimen supletorio? Por esto mismo, se trata de un problema de relevancia que surge por insuficiencia de información, una laguna normativa.

El tribunal resolvió: que dicha laguna debía integrarse mediante el principio general del Derecho que señala que “en materia de contratos impera la voluntad de los particulares” siendo el consentimiento el que determina las obligaciones generadas al celebrarse el contrato civil. La consecuencia de la integración mediante el principio mencionado fue que el régimen patrimonial entre las partes sería el de separación de bienes porque los contratantes resolvieron conservar en su matrimonio los bienes de su propiedad y no comprometerse en sociedad conyugal.

En este sentido, para establecer la premisa normativa el tribunal seleccionó un principio y resolvió el caso determinando la consecuencia de dicho principio.

La resolución analizada tiene apariencia de corrección porque la determinación es consecuencia directa de las premisas establecidas: 1) “en materia de contratos impera la voluntad de los particulares”, lo que significa para el caso concreto que en materia del contrato de matrimonio impera la voluntad de los contratantes respecto a obligarse expresamente en sociedad conyugal; 2) las partes no se comprometieron en sociedad conyugal al celebrar su matrimonio; 3) no puede tenerse como régimen de bienes de los contratantes el de sociedad conyugal.

Sin embargo, el primer problema en la forma de obtener el principio jurídico para resolver: el tribunal no dio cuenta de ello, es decir, no señaló de dónde se obtuvo el principio jurídico citado ni porque debió ser elegido precisamente ese

principio y no otro. Entonces, ¿qué tan racional es la determinación de análisis considerando el restante material jurídico del sistema al que pertenece?

De conformidad con el artículo 14 constitucional del Estado mexicano, las sentencias del orden civil deben ser conforme a la letra o la interpretación de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del Derecho.

Es cierto que en para el caso concreto no existe norma aplicable porque el Código Civil para el Estado de Querétaro de la época en la que fue celebrado el matrimonio, no disponía cuál régimen de bienes debía entenderse como supletorio para el caso de que los cónyuges no lo señalaran.

No obstante, el establecimiento de un principio general del Derecho debe hacerse buscando primeramente en la Constitución porque el juez es un garante de ella.

Además, como segundo error grave de la determinación en análisis podemos advertir que el juzgador incurre en una falacia de falso dilema, ya que señala que si las partes no comprometieron su patrimonio en sociedad conyugal entonces no debe entenderse por celebrado su matrimonio bajo este régimen de bienes. Es un falso dilema porque se presentan dos posibilidades como las únicas: celebrar el matrimonio bajo el régimen de bienes de sociedad conyugal o no celebrar el matrimonio bajo el régimen de bienes de sociedad conyugal, es decir, existencia o no de voluntad de sociedad conyugal; cuando en realidad existen tres posibilidades: 1) celebrar el matrimonio bajo el régimen de bienes de sociedad conyugal; 2) celebrar el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes; y 3) no establecer ningún régimen de bienes para el matrimonio. Esto es, tal vez los cónyuges cuando contrajeron matrimonio no quisieron comprometer su patrimonio en régimen de bienes alguno, lo cual no implica que no hayan querido comprometerse en sociedad conyugal, sino que

simplemente no quisieron pactar régimen alguno, incluso por desconocimiento del tema.

Es crucial contemplar el problema jurídico en su justa dimensión ya que si solo analizamos las dos primeras posibilidades, incurrimos en la falacia referida, y la consecuencia del argumento será, como lo hizo el juzgador, determinar que si no se especificó celebrado el matrimonio bajo sociedad conyugal, entonces no se tiene celebrado bajo este régimen de bienes. En cambio, si se contemplan las tres posibilidades, entenderíamos que si bien no aparece que las partes hayan celebrado su matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, tampoco lo hicieron bajo el régimen de separación de bienes, y entonces no podemos limitarnos a señalar que se entiende celebrado por alguno de estos dos, pues es claro que no se especificó cuál de ellos regía los bienes del matrimonio. Por lo tanto, obligaría al juez a integrar debidamente la norma señalando qué régimen de bienes debe aplicar en forma supletoria.

Señalados los errores en que incurrió el juzgador en la sentencia analizada, tanto al señalar el principio jurídico para resolver el litigio como al establecer la consecuencia de aplicar dicho principio, podemos afirmar que la sentencia es errónea en cuestión de Derecho; por lo que se procede a formular, con base en el procedimiento expuesto en el capítulo anterior, una respuesta con la pretensión de corrección.

En primer lugar, el planteamiento del problema jurídico es que no existe una norma jurídica que establezca qué régimen de bienes es el supletorio cuando las partes del litigio contrajeron matrimonio. Por ende, es un caso difícil por la existencia de una laguna normativa.

En segundo lugar, es necesario establecer el principio jurídico que debe servir para solucionar el problema jurídico planteado. Los principios que pueden servir para tal efecto son (hipótesis):

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4º: “El varón y la mujer son iguales ante la ley.”
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.”
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 15.1: “Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.”
- Código Civil para el Estado de Querétaro, artículo 19: En conflicto de derechos, a falta de ley expresa aplicable, la controversia se decidirá a favor de quien trate de evitarse perjuicios y no a favor de quien trate de obtener un lucro.
- Código Civil para el Estado de Querétaro, artículo 20: Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.
- Aforismo: “en materia de contratos impera la voluntad de los particulares”.
- Aforismo: “la prueba incumbe a quien afirma, no a quien niega”.
- Aforismo: “cuando la ley quiere lo dice, cuando no lo quiere guarda silencio”.
- Aforismo: “la omisión de las formas legales anula los actos”.

Ahora bien, tomando en consideración que la parte actora sustentó que el régimen de bienes aplicable era el de sociedad conyugal mientras que el demandado sustentó que era el de separación de bienes, y debido a que no fue probada que los cónyuges hayan determinado contraer matrimonio con alguno de tales regímenes, podemos descartar los siguientes principios:

- “La prueba incumbe a quien afirma, no a quien niega”; en razón de que ambas partes afirmaron la aplicación de un régimen de bienes para su matrimonio, pero no lo acreditaron.
- “Cuando la ley quiere lo dice, cuando no lo quiere guarda silencio”; debido a que este principio no es pertinente para resolver en un solo sentido, pues el silencio de la ley puede equivaler a tener por efectivo tanto el régimen de separación de bienes como el de sociedad conyugal.
- “La omisión de las formas legales anula los actos”; porque tampoco es pertinente para resolver en un sentido, ya que la omisión de la formalidad consistente en señalar en el acta de matrimonio el régimen de bienes no puede dar lugar a anular el acto jurídico, de conformidad con las disposiciones aplicables para el matrimonio.
- “En conflicto de derechos, a falta de ley expresa aplicable, la controversia se decidirá a favor de quien trate de evitarse perjuicios y no a favor de quien trate de obtener un lucro”; esto en razón de que ambas partes tratan de evitarse perjuicios y por ende el principio legal en cita no es pertinente para resolver en un solo sentido.

En estas condiciones, la mayoría de los principios jurídicos restantes se refieren al Principio General del Derecho de igualdad; y en pugna con este, el aforismo jurídico “en materia de contratos impera la voluntad de los particulares”.

Para determinar la jerarquía -con relación al caso que nos ocupa- entre ambos principios, tenemos que el primero es un valor supremo o constitucional mientras que el segundo de los principios en estudio, se trata de un principio de adquisición doctrinal pero que en alguna medida puede obtenerse también de las normas jurídicas que rigen las obligaciones contractuales en materia civil, por lo que su jerarquía es doctrinal y su aplicación es para una rama del derecho civil, la referida a los contratos civiles.

Así las cosas, tenemos una jerarquía superior del primer principio sobre el segundo en razón de que el primero es un principio constitucional mientras que el segundo es doctrinal o legal; el primero tiene aplicación general y el segundo específico para los contratos civiles; por lo que resulta preferente en aplicación por criterio de jerarquía el principio de igualdad.

Establecido el principio que debe servir para solucionar el caso en estudio, el paso siguiente es establecer la consecuencia de aplicar dicho principio al caso concreto, esto es, determinar qué significa aplicar el principio de igualdad al caso concreto.

Para dimensionar en su justa medida el principio constitucional de igualdad del varón y la mujer ante la ley, debemos considerar que no resuelve claramente el conflicto, pues hace referencia a la no discriminación por razón de género y ello puede llevar a resolver el conflicto en cualquier sentido siempre y cuando no exista tal discriminación. Pero si correlacionamos la igualdad constitucional con el que señala: “si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados”; entonces resulta más claro que para el caso que nos ocupa la igualdad no está referida a la no discriminación ni al trato igual ante la ley sino a que la solución genere equilibrio entre las partes, equidad.

Bajo este criterio, toca determinar cuál de los regímenes de bienes genera mayor igualdad entre las partes, el de sociedad conyugal o el de separación de bienes. Para ello, es necesario tomar en consideración que en un caso de divorcio, como el caso en estudio, el régimen de sociedad conyugal debe también ser disuelto con la partición de los bienes en forma equitativa para las partes; mientras que en caso del régimen de separación de bienes, no existe partición del patrimonio con el divorcio, en tanto que ambos cónyuges conservan sus propios bienes, y puede suceder que alguno de ellos, como

sucede a menudo, tenga a su nombre la totalidad de los bienes mientras que el otro, generalmente dedicado a las labores del hogar, no tenga bien alguno a su nombre. En este sentido, es claro que el régimen de bienes que mayormente garantiza la igualdad entre los cónyuges es el de sociedad conyugal.

Así, la consecuencia de aplicar la igualdad con relación al caso concreto es que se tenga por supletorio régimen de bienes que proporciona la mayor igualdad entre las partes, siendo este el de sociedad conyugal.

Asimismo, considerando que el matrimonio es un vínculo familiar cuyas finalidades son la ayuda mutua, la procuración del sustento material, entre otros, entonces es más equilibrado que ambas partes conserven igualdad de bienes al disolver su matrimonio porque así llevan la ayuda mutua y la procuración del sustento material incluso hasta el momento de disolver su vínculo matrimonial. Así se cumple la finalidad de la norma en lo relativo al matrimonio.

Inferida así la premisa normativa, el silogismo que resuelve el caso en estudio sería el siguiente: 1) a falta de disposición legal aplicable en cuanto al régimen de bienes supletorio cuando las partes no señalan el régimen de bienes al cual someten su matrimonio, resulta aplicable el que proporciona la mayor igualdad entre los cónyuges, el de sociedad conyugal; 2) el acta de matrimonio de las partes no señala bajo qué régimen de bienes sujetaron su matrimonio y la ley de la fecha de celebración del matrimonio no dispone qué régimen de bienes aplica supletoriamente; 3) por tanto, resulta aplicable como régimen supletorio de los bienes del matrimonio entre las partes el de sociedad conyugal.

Del análisis expuesto se advierte que es más sencillo comprender el proceso argumentativo a partir de principios para resolver lagunas normativas, mediante el ejercicio de este procedimiento, de tal forma que resulta de gran importancia el estudio de casos en la formación de juristas; y en el caso de los jueces,

necesario aún más que sus sentencias no parezcan enunciados dogmáticos sino verdaderos procesos argumentativos que otorguen a las partes una solución correcta y justificada.

CONCLUSIONES

Esta investigación teórica descriptiva, abarca el análisis de siete puntos fundamentales: 1) el problema de las lagunas normativas; 2) estudio de los elementos jurídicos que el juzgador debiera utilizar para la resolución de las lagunas; 3) las dificultades con el uso de los principios jurídicos; 4) análisis de la posibilidad del empleo de la ponderación de principios en un tribunal de legalidad; 5) la forma de argumentar a partir de principios jurídicos; 6) cómo elegir un principio jurídico para solucionar una laguna normativa; y 7) la importancia del estudio de casos para comprender la argumentación que es posible realizar en un caso concreto.

Se planteó que el Estado tiene la ineludible obligación de impartir justicia a los gobernados que acuden ante las instituciones encargadas de dicha labor; obligación que debe cumplir aun cuando en las normas jurídicas escritas o en los precedentes judiciales no esté prevista la solución al caso planteado. Este tipo de situaciones han sido plenamente reconocidas en la doctrina jurídica por juristas como Dworkin, Raz y Atienza. Una laguna normativa ocurre cuando el legislador no ha desarrollado una previsión legal.

Acerca de cómo debe ser resuelto una situación de esta naturaleza, qué elementos jurídicos debe utilizar el aplicador del Derecho y cómo emplearlos; se decidió realizar un análisis de la teoría jurídica para corroborar si los principios generales del Derecho cumplían ese papel integrador.

Así, la lógica mostró que es necesaria en el Derecho para la construcción de argumentos; pero no es suficiente para dar solución a todos los problemas de relevancia para el Derecho, tales como la inexistencia de una norma jurídica que sirva como premisa normativa en un problema jurídico real.

La poética tampoco resulta de gran utilidad, ya que nos encontramos en la necesidad de encontrar respuesta a los casos en los que las normas del Derecho no aportan una solución clara para un problema jurídico, en cuyo caso la belleza de las palabras o de la estructura empleada no es lo más importante, sino la razón de la solución aportada. En el mismo sentido, la retórica tampoco aporta la solución buscada.

Las posturas más radicales del iusnaturalismo, iuspositivismo e iusrealismo, proporcionan una visión de lo que el Derecho consideran que es, cuál es el papel del juzgador, sin embargo, no establecen una solución clara y razonable para la problemática de esta investigación. Por ejemplo, el realismo jurídico postula que los factores que realmente influyen en las decisiones del juzgador son su cultura, educación, posturas ideológicas, valores, experiencia, posición económica y social, relaciones personales y sentimentales, temperamento, estado de ánimo, prejuicios, entre otros; por lo que plantea una idea de la función jurisdiccional como producto de la subjetividad del juez. En el mismo tenor tenemos a la teoría del derecho libre, que propone una ciencia jurídica más allá del simple conocimiento de las normas; en la que el juez modifica normas jurídicas al interpretar las normas o formula nuevas normas para llenar lagunas jurídicas. Al respecto, no resulta aceptable que la labor creativa del juzgador sea tan amplia que rebase con plena libertad a la ley.

De Hart, obtuvimos que el juez no es completamente libre para decidir la solución concreta para el caso, pues si bien tiene libertad discrecional esta no es ilimitada, sino que existe una serie de estándares jurídicos tales como pautas de justicia, de moralidad, equidad, imparcialidad, neutralidad, ponderación, balance y metas sociales, que operan como guías en el proceso de decisión judicial para que esta aparezca como aceptable. Esto significó un avance en la resolución de las lagunas normativas, al sugerir que la actividad jurisdiccional no es completamente libre sino sujeta a estándares jurídicos; aunque su teoría resulta insuficiente para dar respuesta al problema de los

casos difíciles porque no señala qué hacer ante ellos, cómo resolverlos o qué estándares jurídicos debe preferir el juzgador.

La Teoría Tridimensional del Derecho resultó especialmente atractiva por su planteamiento del Derecho como una compleja realidad del mundo jurídico en tres dimensiones, normativa, fáctica y axiológica, y por ende, la posibilidad de que el Derecho como un valor en sí mismo y como portador y garantizador de otros valores superiores, aporte la solución a los problemas jurídicos reales cuando las normas son incapaces de hacerlos.

En realidad las teorías anteriores dejaron de lado los aspectos técnicos como la forma en la que el juez resuelve los conflictos que tiene en sus manos. Para tal efecto es de suma importancia la teoría de la argumentación jurídica desarrollada bajo el modelo neoconstitucionalista, que se caracteriza por la búsqueda de la certeza jurídica, la cual, señala, se consigue solo con base en la calidad de los argumentos. Esta teoría enfrenta los casos difíciles con la argumentación suficiente que justifique la decisión. Asimismo, sentó las bases del denominado Estado Constitucional del Derecho, modelo de organización jurídico político de los regímenes democráticos, entre cuyas notas distintivas resultaron de especial importancia para la presente investigación: la coexistencia de reglas y principios, en donde estos últimos dejan de ser formas retóricas para convertirse en normas derivadas de la interpretación que realizan los operadores jurídicos; los derechos humanos se han convertido en el centro de la discusión del Derecho; los tratados internacionales sobre derechos humanos se convierten en parte fundamental de la protección de los derechos humanos; y el control de la constitucionalidad y convencionalidad es una obligación de todo juzgador, de cualquier nivel y materia.

En este orden de ideas, quedó establecido que el Derecho es una realidad compleja compuesta de la interacción entre los hechos, las normas jurídicas y

los valores que las inspiran; cuyas herramientas para crear, aplicar, estudiar o enseñar los contenidos jurídicos son el lenguaje, el discurso y la razón.

Finalmente, una vez que se ha demostrado que la teoría del Derecho reconoce ampliamente a los principios jurídicos como parte del Derecho, también quedó evidenciado que el derecho vigente reconoce ampliamente el uso de los principios jurídicos para resolver ante la ausencia de normas jurídicas.

Bajo este panorama, ha sido necesario el reconocimiento y análisis de las dificultades que representa el uso de los principios generales del Derecho para administrar justicia, tales como poder determinar: dónde están estipulados, cuáles son, si tienen validez, cuáles tienen preeminencia sobre otros y qué principio elegir para cada caso.

A tales interrogantes, se reconoció que la validez de los principios no depende de un acto de autoridad sino de su razonabilidad, que están formulados en un lenguaje extremadamente vago e indeterminado, por lo que su significado es concretizado al momento de su aplicación, proporcionan una respuesta cuando las reglas no la proporcionan; que es posible extraerlos del Derecho natural, el derecho comparado, la práctica judicial, el derecho romano, la ciencia o doctrina jurídica y la legislación; su número no es posible saberlo con exactitud, pero los más importantes o generales son: justicia, igualdad, libertad, seguridad jurídica y equidad; pero que existe también una gran cantidad de aforismos jurídicos contruidos o recogidos por la doctrina. Un elemento trascendente para efecto de la presente investigación de la labor jurisdiccional actual, es que los principios o derechos humanos incorporados a la Constitución, a los tratados internacionales o a las leyes tienen pleno reconocimiento, por lo que su validez no es puesta en duda.

En cuanto a su jerarquía, encontramos el problema de que no es posible estructurar y jerarquizar los principios para establecer la prevalencia de cada

uno de ellos con relación a los demás; sino que es necesario realizar un procedimiento de ponderación de principios para construir una jerarquía axiológica móvil, atribuyendo mayor peso o valor a uno de los dos principios en conflicto respecto del otro.

Sin embargo, la ponderación de principios es un método diseñado para ser empleado en un Tribunal Constitucional; que implica que el tribunal analice si una norma jurídica cumple con determinados parámetros para determinar si se encuentra ajustada a la norma fundamental; de tal forma que en realidad constituye un método para argumentar sobre la constitucionalidad de una norma jurídica y por ende, su ejercicio está reservado a los tribunales de constitucionalidad, no de legalidad.

Si quedó establecido que las lagunas normativas es posible resolverlas mediante el uso de los principios jurídicos, y que para ello el Derecho se vale de la teoría de la argumentación jurídica, entonces el siguiente problema a resolver consistió en analizar la forma correcta de argumentar a base de principios jurídicos.

Al respecto, una primera precisión es que aplicar principios no es invocar hechizos mágicos sino emplear razones que justifiquen su aplicación y resolución de un problema jurídico real.

La argumentación jurídica ha sido teorizada por juristas notables que entre sus múltiples aportaciones a la ciencia jurídica, nos han sido de trascendental importancia en la solución del problema planteado en esta investigación. Ronald Dworkin nos proporciona un método para la aplicación de los principios en la solución de casos: a) localizar primero el problema jurídico y seleccionar todas las normas jurídicamente relevantes relacionadas con el problema; b) interpretar el material seleccionado de manera consistente y coherente, optando por la interpretación compatible con el material jurídico y que

proporcione la mejor justificación, la más atractiva desde un punto de vista político y moral, basándose en principios de justicia e imparcialidad política; y c) realizar la aplicación al caso concreto. Alexander Pchenik afirma que objetivo de la argumentación jurídica no es demostrar que un enunciado normativo es absolutamente razonable, sino simplemente que es razonable dentro del marco del Derecho válido. Jürgen Habermas señaló que la legitimidad de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales es dada por la calidad de sus argumentos y por la estructura del proceso de argumentación. Neil MacCormick afirma que los principios son necesarios para justificar una decisión en un caso difícil, sin embargo, admite que un argumento basado en algún principio no es concluyente, como si lo es uno basado en alguna norma obligatoria. Robert Alexi refiere que de la observancia de los principios depende la racionalidad de la argumentación, misma que se mide de sistema a sistema jurídico, considerando su Derecho vigente, sus criterios interpretativos establecidos en la jurisprudencia y los conceptos de la ciencia jurídica. Manuel Atienza reconoce que no existen respuestas correctas sino solo respuestas, unas mejores que otras.

Así, la labor argumentativa implica hacerlo con corrección lógica, lingüística y metodológica para construir y demostrar proposiciones jurídicas que sirvan para justificar una solución al problema jurídico real, con la pretensión de buscar la mejor solución, que será la que esté correctamente formulada (aspectos lingüístico, lógico y metodológico) y sea la más razonable de entre todas las posibles, de acuerdo con el sistema jurídico aplicable, sus criterios interpretativos establecidos en la jurisprudencia y los conceptos de la ciencia jurídica.

Ahora bien, el aspecto fundamental de la argumentación jurídica a base de principios es en las resoluciones jurisdiccionales; en donde constituye una labor especial y no tan frecuente la creación de normas con base en principios jurídicos. En tales casos, se reconoce que la subjetividad del juzgador no

puede ser evitada del todo, pero entre más y mejores razones apoyen la determinación, la subjetividad cederá terreno ante la racionalidad.

Así que la elección del principio jurídico en ese tipo de situaciones es el problema culminante. Ha sido preciso recurrir al establecimiento de un método de selección de principios que permita seguir un orden preestablecido y enumerar todos los elementos necesarios para construir una solución.

Como consideración previa, y tomando en consideración que el juez al crear Derecho para resolver el caso difícil elabora una norma particular, esta debe estar armonizada con el sistema jurídico al que pertenece, razón por la cual el juzgador que crea Derecho está limitado por el Derecho del sistema jurídico al que pertenece, compuesto esencialmente por normas jurídicas, precedentes judiciales, principios jurídicos y el material jurídico aportado por la doctrina.

Para elegir el principio buscado primeramente debemos acudir a las normas constitucionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos, mismas que concentran principios jurídicos supremos cuya jerarquía y aplicabilidad no se discuten, de los cuales el juez debe ser un garante. Si los principios constitucionales no son suficientes o no proporcionan una solución satisfactoria, podemos extraer diversos principios del resto del material jurídico compuesto por normas, precedentes y la ciencia jurídica.

La argumentación a partir de principios jurídicos ante un problema en donde existe una laguna normativa, es posible utilizar el siguiente método:

- 1) Identificar cuando un problema jurídico es un caso difícil, por la incerteza derivada de la inexistencia de una norma exactamente aplicable al caso (una laguna normativa).

2) Establecer el principio jurídico que debe servir como premisa normativa para solucionar el caso difícil. Para ello, es necesario:

a. Formular una o varias hipótesis de solución mediante la selección de los principios jurídicos que pueden solucionar el caso.

b. Descartar los principios que: 1) No sean pertinentes para fundar la resolución en un sentido específico; 2) No sea posible utilizar por disposición legal o criterio jurisprudencial; o 3) Sean aplicables para una rama o institución jurídica distintas al caso concreto y cuya analogía no sea posible utilizar por ser esta contraria a Derecho.

c. Si existen dos o más principios en pugna, establecer una jerarquía móvil entre los principios seleccionados, considerando: 1) Su jerarquía en el sistema jurídico (Supremo -constitucional-, obtenido de una norma general secundaria, obtenido de algún precedente judicial u obtenido de la doctrina); 2) Su aplicabilidad (general, específico para una materia, específico para una rama o específico para una institución); y 3) Su importancia en el tiempo de aplicación.

d. Si se trata de principios con el mismo nivel jerárquico, es preciso elegir el principio que mejor optimice los derechos humanos de los involucrados en relación con el sistema jurídico.

3) Formular la norma particular a partir del principio elegido, que sirva como premisa normativa para resolver el litigio planteado.

4) Explicar las consecuencias que derivan del principio jurídico al caso concreto. Este punto es un desafío adicional, ya que el problema con los principios es que no proporcionan una solución específica como sí lo hacen las normas jurídicas; por lo que corresponde al juzgador, además de establecer el principio para resolver el caso, dotarlo de significado e indicar las

consecuencias que representa para el caso concreto, esto es, decidir conforme al principio elegido. La respuesta a esta pregunta tendrá que ser dada a cada caso dependiendo de sus características particulares.

5) Establecer y justificar la decisión del caso difícil. En este punto, se concentra la utilidad de todo el proceso argumentativo, pues la norma que fue creada específicamente para el caso litigioso particular a partir de principios jurídicos, sirve como premisa normativa; la que una vez contrastada con la premisa fáctica que es el problema litigioso planteado, es posible establecer la conclusión o solución jurídica al problema particular mediante sentencia.

En este sentido, es particularmente relevante el estudio del Derecho por casos para explicar concretamente la solución que es posible generar a una laguna normativa mediante principios jurídicos; pues solo si conocemos las particularidades del caso concreto, y una vez que haya sido verificado que el sistema normativo no ofrece una solución clara al problema jurídico planteado; entonces podremos elegir el principio jurídico necesario para que, elaborada la norma a partir de dicho principio, sea construida la solución al problema planteado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. Andrés Ibáñez Perfecto y Robert Alexi, *Jueces y ponderación*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
2. Anónimo, *La Biblia*, Versión Reina-Valera 1960, Biblia de Estudio de Apologética, Nashville, Tennessee, E.U.A, Ed. Holman, 2011.
3. Anthony Weston, *Las Claves de la Argumentación* [trad. Jorge F. Malem Seña], España, Ed. Ariel, 2007.
4. Aristóteles, *Arte Poética, Arte Retórica*, México, Ed. Porrúa, colección Sepan Cuántos, núm. 715, 2011.
5. Aristóteles, *Tratados de Lógica (El Organón)*, México, Ed. Porrúa, colección Sepan Cuántos, núm. 124, 2004.
6. Benjamín Nathan Cardozo, *La Función Judicial* [trad. Victoria Cisneros y Leonel Pereznieto Castro], México, Ed. Pereznieto Editores, 1996.
7. Christian Plantín, *La Argumentación*, España, Ed. Ariel, 2011.
8. Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, 2ª ed., México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994.
9. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y otros (coordinadores), *Derechos Humanos en la Constitución*, Tomos I y II, México, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
10. Francisco Javier Esquiaga Ganuzas, *La Argumentación en la Justicia Constitucional*, Perú, Ed. Grijley, 2013.
11. Gerardo Dehesa Dávila, *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, 4ª ed., México, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
12. Gerardo Ribeiro Toral, *Verdad y argumentación jurídica*, 2ª. Ed., México, Ed. Porrúa, 2007.
13. Germán Cisneros Farías, *500 aforismos jurídicos vigentes*, Nuevo León - México, Ed. Universidad Autónoma de Nuevo León, 2002.
14. Hans Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho*, México, Ed. Colofón.

15. Hesbert Benavente Chorres, *La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, México, Ed. Flores Editor y Distribuidor, 2011.
16. Ismael Macías Barrón, *El Proyecto de Laudo*, México, Ed. Porrúa, 2008.
17. Jaime Cárdenas Gracia, *La Argumentación como Derecho*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
18. Jaime Manuel Marroquín Zaleta, *Técnica para la Elaboración de una Sentencia de Amparo Directo*, México, Ed. Porrúa, 2010.
19. John Henry Merrygman, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, 2ª ed., México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2007.
20. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, trad. María Dolores González, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2004.
21. Jorge F. Malem Seña y otros, *El Error Judicial, La formación de los jueces*, México, Edt. Fontamara, 2012.
22. Joseph Raz, *La Autoridad del Derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, 2ª ed., México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.
23. Josh McDowell, *Nueva Evidencia que Demanda un Veredicto*, 3ª ed., trad. Francisco Almanza et. al., Colombia, Ed. Mundo Hispano, 2009.
24. Juan Abelardo Hernández Franco, *Argumentación Jurídica*, México, Ed. Oxford, 2010.
25. Juan Jacobo Rousseau, *El Contrato Social*, 11ª ed., México, Ed. Porrúa, 1998.
26. Juan Ruiz Manero y Ulises Schmill, *El Juez y las Lagunas del Derecho*, México, Ed. Fontamara, 2008.
27. Juan Vega Gómez (coordinador), *Tribunales y Justicia Constitucional, memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
28. Luigi Ferrajoli, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México, Ed. Fontamara, 2004.
29. Luis Eusebio Alberto Avendaño González, *La dogmática de los derechos fundamentales en el siglo XXI. Un estudio al discurso reciente a cargo de la*

- Suprema Corte de Justicia en México*, México, Ed. Universidad Autónoma de Querétaro, 2014.
30. Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
 31. Manuel Atienza, *Cuadernos de Filosofía del Derecho, Diez Consejos para Argumentar Bien*, Ed. Doxa, 2006.
 32. Manuel Atienza, *Cuestiones Judiciales*, México, Ed. Fontamara, 2008.
 33. Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*, España, Ed. Trotta, 2013.
 34. Manuel Atienza, *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, num. 134, UNAM, 2009.
 35. Manuel Hallivis Pelayo, *Teoría General de la Interpretación*, México, Ed. Porrúa, 2009.
 36. María del Carmen PLATAS Pacheco, *Filosofía del Derecho, Argumentación Jurisdiccional*, México, Ed. Porrúa, 2007.
 37. Mario I. Álvarez, *Introducción al Derecho*, México, Ed. Mc Graw Hill, 1999.
 38. Miguel Carbonell (coordinador), *Conociendo a Luigi Ferrajoli*, México, Ed. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C., 2015.
 39. Miguel Carbonell, *Teoría de los Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, México, Ed. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C., 2014.
 40. Miguel López Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera, *Estructura y Estilo en las Resoluciones Judiciales*, México, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
 41. Miguel Villoro Toranzo, *La Justicia como Vivencia*, México, Ed. Porrúa, 2004.
 42. Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, 13ª ed., México, Ed. Porrúa, 2000.
 43. Norberto Bobbio, *El Problema del Positivismo Jurídico*, México, Ed. Fontamara, 2004.

44. Pilar Zambrano, *La Inevitable Creatividad en la Interpretación Jurídica*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
45. Rafael Sánchez Vázquez, *Los Principios Generales del Derecho y los Criterios del Poder Judicial de la Federación*, México, Ed. Porrúa, 2004.
46. Rafael Sánchez Vázquez, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1995.
47. René Descartes, *Discurso del método*, trad. Antonio Rodríguez Huéscar, España, Ed. Ediciones Folio, 2006.
48. Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, Ed. Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001.
49. Ricardo Guastini, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, 9ª. Ed., México, Ed. Porrúa, 2014.
50. Robert Alexi, *Derecho y Razón Práctica*, México, Ed. Fontamara, 2006.
51. Robert Alexi, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. Centro de Estudios Constitucionales, Perú, Ed. Palestra, 2010.
52. Roberto Muñoz Ramón, *Tratado de Derecho del Trabajo*, México, Ed. Porrúa, 2006.
53. Rodolfo Luis Vigo, *El Iusnaturalismo Actual*, México, Ed. Fontamara, 2007.
54. Rodolfo Vázquez (Compilador), *Corte, Jueces y Política*, México, Ed. Fontamara, 2007.
55. Rodolfo Vázquez (Compilador), *Interpretación Jurídica y decisión judicial*, México, Ed. Fontamara, 2006.
56. Rolando Tamayo y Salmorán, *Razonamiento y Argumentación Jurídica, El paradigma de la racionalidad y la ciencia del Derecho*, 2ª ed., México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
57. Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ed. Ariel, 2009.
58. Rubén Sánchez Gil, *El Principio de Proporcionalidad*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

59. Santiago Nieto, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral, una propuesta garantista*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
60. Sergio T. Azúa Reyes, *Los Principios Generales del Derecho*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 2007.
61. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Elementos Indispensables de Retórica para Jueces, Litigantes y Público en General*, México, Ed. Poder Judicial de la Federación, 2009.
62. Víctor Manuel Rojas Amandi, *Argumentación Jurídica*, México, Ed. Oxford, 2010.
63. Víctor Manuel Rojas Amandi, *Ronald Dworkin y Los Principios Generales del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 2007.

LEGISLACIÓN:

- MÉXICO: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2014.
- MÉXICO: Ley Federal del Trabajo, 2014.
- MÉXICO: Código Civil para el Estado de Querétaro, 1974.
- MÉXICO: Código Civil para el Estado de Querétaro, 2014.
- MÉXICO: Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro, 2014.