



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

FACULTAD DE DERECHO

DOCTORADO EN DERECHO

“LA SUSTENTABILIDAD JURÍDICA”

TESIS

QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:

JUAN AUSTREBERTO DE LA CRUZ ZAMUDIO

DIRIGIDO POR:

DR. GERARDO RIBEIRO TORAL

Centro Universitario
Querétaro, Qro. México.
Septiembre de 2016



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO
FACULTAD DE DERECHO
DOCTOR EN DERECHO

“LA SUSTENTABILIDAD JURÍDICA”

TESIS

QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:

JUAN AUSTREBERTO DE LA CRUZ ZAMUDIO

DIRIGIDO POR:

DR. GERARDO RIBEIRO TORAL

DR. GERARDO RIBEIRO TORAL
Presidente

DRA. GABRIELA NIETO CASTILLO
Secretario

DR. GERARDO SERVIN AGUILLÓN
Vocal

DR. RAÚL RUIZ CANIZALEZ
Suplente

DR. ROBERTO ISLAS MONTES
Suplente

M. EN A. P. RICARDO UGALDE RAMIREZ
Director de la Facultad

DRA. MA. GUADALUPE FLAVIA LOARCA PIÑA
Directora de Investigación y Posgrado

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Septiembre de 2016

RESUMEN

Los tratados internacionales que regulan los derechos humanos se han convertido en instrumentos jurídicos extraordinarios para la materialización de éstos. En el plano interior el Estado Mexicano legisló sobre los derechos humanos y se realizaron modificaciones constitucionales para encontrarse acorde la legislación mexicana con los tratados internacionales. La problemática actual es que muchos de los derechos humanos implican un hacer por parte del Estado, lo anterior involucra una definición de hasta dónde puede llegar un derecho humano, éste no puede ser absoluto e implica un límite en cuanto a las posibilidades materiales. En los derechos humanos de naturaleza negativa, no existe problema con que el Estado se abstenga de actuar será suficiente. Aquéllos derechos humanos positivos que implican que el Estado dote de éstos a la sociedad es donde interviene la argumentación constitucional como una forma jurídica para construir a través del discurso el reconocer o no el derecho humano y además establecer los límites. En el presente trabajo se realiza una conceptualización entre lo que es la argumentación ordinaria definiéndola como la construcción del discurso relacionado con la aplicación de leyes y referido a la legalidad. El otro tipo de argumentación es la constitucional y se produce cuando concurre un principio relacionado con los derechos humanos contenido en la Constitución y no existe precedente jurídico. La argumentación será crear una construcción discursiva que vaya de lo objetivo a lo subjetivo y viceversa, tomando en cuenta lo intersubjetivo para resolver un problema jurídico, a eso le llamaremos "*Sustentabilidad Jurídica*" e implica hacer uso de las herramientas como la ecología, la economía y la sociología. La sustentabilidad jurídica resuelve los problemas de fondo dejando una secuencia establecida para los problemas futuros.

Palabras clave: (discurso, argumentación, constitución, legalidad, sustentabilidad, derechos humanos)



ABSTRACT

International treaties regulating human rights have become extraordinary legal instruments for their materialization. At internal level The Mexican State legislated on human rights and constitutional changes were made so Mexican Law could meet international treaties. A current issue is that most of human rights bear obligations for the State, which also involves the definition of the extent of a human right. It cannot be absolute and involves a material limit. In human rights of a negative nature there is no consequence if the State decides not to act. For those positive human rights which involve the State granting them to the society is where constitutional argumentation gets involved as a legal form to build through discourse the recognition or the lack of recognition of the human right, as well as setting limits. In this research study a conceptualization of ordinary argumentation defining it as the building of discourse related to application of laws and regarding legality is performed. The second kind of argumentation is the constitutional one and it is produced when a principle related to human rights, which is mentioned in the Constitution, occurs and there is no legal precedent. Argumentation consists in creating a discursive construction which moves from objective to subjective and from subjective to objective, considering intersubjectivity in order to resolve a legal problem, and this is what we call "Legal Sustainability" and involves the use of tools such as ecology, economics and sociology. Legal sustainability solves the underlying causes of problems, leaving therefore a sequence established for future problems.

Key words: (discourse, argumentation, constitution, legality, sustainability, human rights)



SECRETARÍA
ACADÉMICA

A la familia de siempre

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Autónoma de Querétaro
Por la formación académica recibida

Al Presidente del Sínodo
Dr. Gerardo Ribiero Toral
Por la pertinencia de sus comentarios

A mis sinodales

Dra. Gabriela Nieto Castillo
Dr. Gerardo Servín Aguillón
Dr. Raúl Ruiz Canizales
Dr. Roberto Islas Montes

Por las aportaciones a mi trabajo de investigación

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
LOS ANTECEDENTES DE LA ARGUMENTACIÓN	
1.1. El origen.	4
1.2 Grecia.....	5
1.3 Sócrates y Platón.....	6
1.4 Aristóteles.	8
1.5 Roma.....	11
1.6 Quintiliano.	14
1.7 La argumentación de Viehweg.....	19
1.8 Chaim Perelman.....	23
1.9 Stephen Toulmin.....	32
1.10 Neil MacCormick.....	38
1.11 Robert Alexy.....	43
CAPÍTULO II	
EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL EN LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL	
2. 1. La función del paradigma.	48
2. 2. Los mandatos.	51
2.3. La autoridad.	53
2.4 Las leyes.....	57
2.5 El sistema jurídico.	64
2.6. Los actos sociales.....	66
2.7. El paradigma constitucional.....	68
2.8. “The remedies.”	76
2.9. ¿Qué es una Constitución?	78
2.10. Constitución terminada y plena.	81
2.11. Las perspectivas del derecho.	87

2.12. El orden jurídico, el sistema y la Constitución	87
2.13. Constitución, su naturaleza y materialidad.....	89
2.14. La legalidad y la materialidad constitucional	92

CAPÍTULO III

LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

3.1. Un antecedente de la argumentación constitucional.....	99
3.2. La argumentación como proceso en la ley	104
3.3. La argumentación de la legalidad	112
3.4. Las normas constitucionales	116
3.5 Resumen.....	131

CAPÍTULO IV

DERECHOS HUMANOS Y SUSTENTABILIDAD

4.1. La argumentación constitucional.....	134
4.2 Consideraciones sobre la teoría de la argumentación Constitucional de Ferrajoli.....	136
4.3 Consideraciones sobre la teoría de la argumentación Constitucional de Dworkin.....	138
4.4 Derechos humanos y la extensión del paradigma constitucional	143
4.5. Sustentabilidad y argumentación constitucional	145
4.6. Algunos problemas de la argumentación constitucional	152
4.7 La sustentabilidad jurídica como fin para la acción en la argumentación constitucional.....	159
CONCLUSIONES	166
BIBLIOGRAFÍA	168

INTRODUCCIÓN

Desde su aparición en el mundo el hombre ha intentado explicar lo que acontece y hacerlo desde todas las aristas del conocimiento posibles. La irrupción del derecho ha dado orden en las diferentes sociedades, por ello siempre se ha pretendido explicar la forma en que los juristas piensan sobre todo cuando acuden a los tribunales a dirimir sus problemas.

En un principio se utiliza la retórica para ser elocuente y obtener resoluciones a la causa que se defiende. Con la complejidad del mundo ha cambiado el uso de la retórica como medio de fundamentar el actuar de los abogados y ha irrumpido la llamada argumentación entendida como la forma de construir discursos para dar razones para la resolución de los diferentes conflictos y clausurarlos.

Se ha intentado interpretar los textos a través de los diversos métodos existentes, pero con la aparición del paradigma constitucional que establece que los actos de las distintas autoridades tienen que encontrarse conformes a lo que establezca el canon constitucional es que se divide la argumentación en ordinaria y constitucional.

La ordinaria entendida como aquella que se refiere al actuar de un sistema jurídico en cuanto a que lo que se juzga y se refiere a la aplicación en exclusiva de leyes (legalidad), esto da lugar al nacimiento de sistemas jurídicos dependiendo el caso a resolver. Aquí no existe problema alguno, ya que el sistema se aplica de manera tautológica y se resuelve el disenso jurídico.

La argumentación constitucional es aquella que se refiere a la construcción de discursos relativos a problemas jurídicos que se resolverán en donde no existe antecedente y se encuentran referidos a los derechos humanos. Para entender a la argumentación constitucional es necesario explicar qué es una Constitución y como opera ésta en el ámbito del sistema jurídico.

Por ello es necesario conocer las diversas etapas de una Constitución, ya que ésta no se encierra solamente en un documento de papel, sino es producto de una serie de situaciones sociales, económicas, jurídicas y es hasta que los derechos que preconiza se encuentran en un nivel de ejecutividad y que los dota a los ciudadanos que es una Constitución plena.

La aparición del paradigma constitucional en los Estados Unidos de Norteamérica modificó la forma de resolver los asuntos sometidos a la potestad de los jueces. Cuando se sostiene que ninguna legislación puede ir en contra de la Constitución es cuando se evoca éste y su aplicación se reserva al Poder Judicial quién es el único titular para resolver los problemas relacionados con la legalidad de los actos y constitucionalidad. Uno referido a la materialidad de estos y el otro a la naturaleza de los actos cuando se resuelve un problema concerniente a los derechos humanos.

La argumentación constitucional se crea a partir de hipótesis abiertas y que son los artículos constitucionales, que no tienen una sanción ya que éstos enuncian un principio: el derecho a un medio ambiente sano, a la educación, al debido proceso, al libre tránsito. Pero estos principios en la forma en que se encuentran redactados son de textura abierta, aquí es donde se construye la argumentación constitucional.

Cuando se refieren los derechos humanos a que el estado omita realizar actos en contra del gobernado no existe mayor problema, pero cuando se prescribe al Estado que realice actos tendentes a satisfacer los derechos humanos es cuando se tiene el problema en la construcción de los discursos para que se colmen éstos, la manera de resolver dichos diferendos será a través de la sustentabilidad jurídica.

Los tratados internacionales, así como las constituciones estatales han reconocido la extensión de los derechos humanos y no solamente han reconocido éstos, sino que han prescrito que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias se encuentran obligados a respetar los derechos humanos y extienden la jurisdicción para el caso de que los tribunales de algún estado incumplan con esa función a acudir a instancias internacionales que pueden declarar la violación a algún

derecho humano. De la misma forma establecen mecanismos que si existe una violación a los derechos humanos estos en la medida de lo posible se reparen.

La complejidad de los problemas originados por el desarrollo de las comunicaciones y por la globalización han hecho que la inmediatez con la que suceden las cosas sean conocidas y que los problemas que surgen resolverse no únicamente con el paradigma de lo que dice la ley; el sistema jurídico ahora tiende a echar mano de herramientas distintas y acepta otras que ayuden a resolver los problemas jurídicos.

La fundamentación a los problemas jurídicos se hará privilegiando en una parte a las ciencias objetivas que a través de su método permita la resolución de situaciones que requieren de una explicación científica y por el otro lado las situaciones jurídicas que los jueces resolverán lo hagan desde una perspectiva subjetiva acorde a sus experiencias y teniendo en cuenta los contextos en los que se desarrolla el problema jurídico para construir una respuesta intersubjetiva que permita darle solución a los problemas jurídicos en el ámbito de los derechos humanos y además dejar las bases suficientes para que las constantes jurídicas se mantengan en el tiempo y no herrumbre el sistema jurídico, esto se realizará a través de la sustentabilidad jurídica.

CAPÍTULO I

LOS ANTECEDENTES DE LA ARGUMENTACIÓN

What is the meaning of a word?

Let us attack this question by asking, first, what is an explanation of the meaning of a word

Ludwing Wittgenstein

1.1. El origen.

Cuando el hombre hace su aparición en la faz de la tierra tuvo tres circunstancias de manera inmediata *vis a vis*, la primera de ellas: un ambiente agreste enfrentándose a diversos enemigos naturales, después se encontró con su soledad física y por último la necesidad de comida al sentir hambre, esa necesidad era la más ingente, como saciar esa sensación en el mesogastrio. Estas situaciones han acompañado al ser humano y lo acompañarán *in saecula saeculorum*. A la soledad se le remedio con la asociación con fines de supervivencia, como la cacería para buscar alimento, hasta la preservación de la especie. El medio ambiente es dominado en lo inmediato, aprende a utilizar el fuego, a guarecerse de la lluvia, del frío; utiliza los recursos de la naturaleza, domestica animales y deja de ser un simple recolector de frutos para convertirse en sedentario.

En esta época los límites no existen, hay los de su propia condición humana, pero no hay precariedad en cuanto a lo externo. Se dedica a describir fenómenos naturales e intenta explicarlos. El más fuerte es el que tiene la razón, la fuerza bruta produce un egocentrismo en donde el dominante manda en todo aquello que le apetezca. Cuando se vuelve un grupo homogéneo surge el etnocentrismo de una manera defensiva, se protege a la tribu, a la prole, lo colectivo arrasa en lo exterior con los otros, aunque en el interior quedan los resabios del más fuerte que manda.

En este devenir de una manera rudimentaria nace la obligación, lo prohibido y por ende la técnica del castigo, como nota distintiva e insustituible del derecho. En el hombre esto significa una cuestión natural de dominación, el más fuerte domina al más débil, es un estadio que se mueve en las líneas de la fuerza física. En esta época existe aplicación de los mandatos por parte del superior, llámese emperador, faraón, rey, tlatoani, soberano *et sí cetera* refiere Tamayo:

“El hombre (la especie homo) produce cultura; creó la ciencia y el arte. También creo instituciones sociales (e. g.: la tutela, la hipoteca, el impuesto sobre la renta, la sociedad anónima y la división de poderes). Pero, ¿cómo las creó? Habida cuenta de que las instituciones son pautas o requerimientos de conducta, cabe inquirir: ¿cómo se establece la especie homo requerimiento de conducta? O dicho de otra manera: ¿cómo hace un homínido para que un congénere haga o deje de hacer algo? La respuesta a esta última pregunta es prácticamente unánime: para que un congénere haga o deje de hacer algo un homínido recurre al uso de la fuerza. La reacción agonística –del $\alpha\lambda\omega\nu\iota\sigma\tau\eta\varsigma$: ‘combatiente’ ‘antagonista’-; mecanismo inhibitor que hace que los miembros de la especie homo hagan u omitan.¹

El derecho como técnica social fue apareciendo en las civilizaciones si no de consuno, si pausada y constantemente, así también el derecho. Por ello inmiscuyéndonos en las cuestiones antropológicas sociales se refiere:

“Ello permite afirmar que toda agrupación social de personas que aspira a persistir en el tiempo, a fin de posibilitar su cohesión, tiene que crear y fijar una opinión acerca de lo que considera como justum².”

Comenzó la explicación del mundo, la interpretación de sus claves, la toma de decisiones, nace la argumentación. Recurrimos a las diferentes latitudes en las que hizo su irrupción el derecho y las etapas importantes en el nacimiento de la argumentación.

1.2 Grecia.

Para el caso de la argumentación es necesario acudir a los creadores de ésta y si no a los creadores a los que dieron las bases de esta disciplina tan importante en el derecho. Por esta razón me permitiré dar una explicación sobre los

¹ TAMAYO y Salmorán, Rolando. *Juris Prudentia: More Geometrico. Dogmática, teoría y metateorías jurídicas*, D. F. México, Fontamara, 2013, p. 40

² VIEHWEG, Theodor. *Tópica jurídica y filosofía del derecho*, 2ªed., Barcelona-España Gedisa, 1997, p. 15.

filósofos de la época griega que aportaron a la cuestión de la argumentación y establecieron las bases. En la época griega con el advenimiento de la ciencia, la explicación de los fenómenos naturales, la descripción de lo que acontecía y la manera de captarlo dejaron de lado a los dioses y a *doxa*, se entiende que los enunciados de la ciencia se vuelven universales y de explicación única. La ciencia para los griegos viene desprovista de emociones, de prejuicios, de valoraciones subjetivas y se responde de la misma forma en que se crea: con enunciados comprobables (evidentes), esto produce conocimiento. La antigua filosofía griega pensó principalmente en entender el mundo externo y su relación con el hombre, escudriñar la naturaleza, por ello aparece *empiria* y *physis*, de la observación natural vendrán las primeras inferencias y los primeros principios. Se crea *logos* y *nomos* que conducen a la creación de leyes necesarias para la convivencia en sociedad respectivamente.

1.3 Sócrates y Platón.

Es bien sabido que las enseñanzas de Sócrates las conocemos a través de su discípulo Platón, por ello en el diálogo Gorgias, apreciamos la forma en que se hablaba de la retórica como primer punto de inflexión de la argumentación jurídica. Este antecedente evidencia la lucha que tenían en esos días los filósofos. La situación descrita y como bien lo plantea Ramón Xirau ¿hasta qué punto Platón expresa el pensamiento del maestro en vez del propio?³ Por esa situación se ha agrupado de una manera conjunta la aportación de Sócrates y de Platón a la argumentación. Es necesario acudir al diálogo denominado Gorgias o de la retórica, en éste se expresa que acorde a las enseñanzas de la época la resolución de las disputas era a través de diálogos y se hablaba de retórica, no hay una locución directa sobre la argumentación, se menciona a la retórica como punto de partida para

³ XIRAU, Ramón. *Introducción a la historia de la filosofía*, 13ª ed., D. F., México, UNAM, 2009, p. 46.

encontrar la solución a los problemas. En el diálogo antes mencionado Gorgias nos dice lo que entiende por retórica:

“Es en mi opinión, el poder persuadir mediante sus discursos a los jueces en los tribunales, a los senadores en el Senado y al pueblo en las asambleas; en una palabra, convencer a todos los que componen cualquiera clase de reunión política”⁴

La retórica tiene la finalidad de persuadir-convencer, la declaración de Gorgias es lo que se acerca más a lo que conocemos como argumentación, aunque el desenlace del diálogo es un alegato ético por parte de Sócrates. La discusión de Sócrates es más una cuestión de deber al presentar a la retórica como un instrumento técnico; la razón principal es que si ésta viene desprovista de valores o de situaciones relativas al espíritu entonces es una cuestión vacía. Lo que hace Calicles es exteriorizar una situación relativa a la naturaleza humana y a la forma de tener éxito en las cuestiones políticas en general. En esa alforja involucra a la política y a las leyes. Lo hace desde una perspectiva realista de cómo es el hombre. Desde la figura socrática lo que tenemos es una crítica a los que actúan sin principios. La respuesta de Calicles echa mano de cualquier método pero que sea reconocido por la materialidad de lo que acontece. Para Sócrates la forma de ganar la disputa incluye cualquier tipo de discurso que pueda ser tomado y que ponga evidencia que lo que dice el contendiente es erróneo, se trata más de ingenio sobre una disputa que al menos en el mundo material no resuelve nada, pero que al vencedor lo deja con un aura de héroe. Lo que advertimos es que la regla en el juego del mejor argumento es el que convenza en mayor o menor medida a los que se encuentran presentes.

Quién establezca la mejor forma de resolver una cuestión, es quién convenza a los demás. Para darnos idea de lo que pretendo, cito en *La Ilíada* el libro XVIII que describe el escudo de Aquiles hecho por Vulcano y que en uno de los relieves expone uno de los procesos jurídicos más antiguos. En la narrativa

⁴ PLATÓN. *Los diálogos de Platón “Gorgias o de la retórica”, 30ª ed.*, D. F. México, Porrúa, 2007, p. 203.

Homérica la intención de convencer a los jueces o a la gente, es más una labor de ganar una disputa a través de infinidad de medios que no se encuentran reglados. En el escudo de Aquiles Homero describe lo siguiente:

*“Los hombres estaban reunidos en el ágora, pues se había suscitado una contienda entre dos varones acerca de la multa que debía pagarse por un homicidio: el uno, declarando ante el pueblo, afirmaba que ya la tenía satisfecha; el otro negaba haberla recibido, y ambos deseaban terminar el pleito presentando testigos. El pueblo se hallaba dividido en dos bandos, que aplaudían sucesivamente a cada litigante; los heraldos aquietaban a la muchedumbre, y los ancianos, sentados sobre pulimentadas piedras en sagrado círculo, tenían en las manos los cetros de los heraldos, de voz potente, y levantándose uno tras otro publicaban el juicio que habían formado. En el centro estaban los dos talentos de oro que debían darse al que mejor demostrará la justicia de su causa”.*⁵

Quienes toman partido por cada bando es la multitud y es finalmente quién toma la decisión, quién proporcione el mejor argumento será el que considere la audiencia y será quien se lleve los dos talentos de oro. Tamayo dispone:

“Tanto las palabras del propio poeta, como la analogía con el derecho germánico, favorece la hipótesis de que la decisión final es tomada por la multitud reunida”
*“Los dos talentos de oro, entonces, tienen que ir al anciano que obtuvo el mayor aplauso de la gente reunida”*⁶

Inferimos que en ese incipiente proceso no existe argumentación que permita llegar a la verdad procesal. Hay un convencimiento donde el que expone aprovechando sus aptitudes ofrece el mejor *performance* y convence a la mayoría que acudieron al ágora, en una representación llamada justicia.

1.4 Aristóteles.

Se menciona siempre al natural de Estagira como un antecedente de la argumentación ya que en *“Los Tratados de Lógica”* se encierra la exposición de la estructura del pensamiento a través de la forma del silogismo y la forma de cómo se realiza la ciencia, la última parte de dicha obra tuvo como propósito dejar un reducto de que no todo lo que se piensa tiene que ser ciencia, ni todo lo que se dice debe ser

⁵ HOMERO. *La Ilíada*, trad. por Luis Segala y Estalella, Estados Unidos, FV Éditions, 2013, p. 346.

⁶ TAMAYO y Salmorán, Rolando. *El origen del proceso (A la luz de la obra de Hans Julius Wolff)*, D. F., México, Porrúa, 2010 p. 37-39.

un silogismo al menos demostrativo, puede ser dialéctico. Pudiéramos entenderlo como aquellas cosas que, sin saber porqué, se implican, esto es que un enunciado puede representar más de lo que literalmente se dice en él.⁷ Aristóteles en su obra *Novum Organum* concluye:

*“el conocimiento científico (ἐπιστήμη) es concebido como una progresión que va de la observación de los hechos a los principios generales y, luego, de los principios generales regresa a los hechos. El hombre de ciencia observa los hechos y construye (induce) conceptos y principios y, a partir de éstos, deduce enunciados que explican los hechos.”*⁸

Pero hay cosas que escapan completamente a la explicación científica entendida como comprobable y universal, la argumentación es una de ellas, por ello es difícil hacerla entrar en el campo de la exactitud, la percepción es que la argumentación es errática. Esto fue divisado por Aristóteles por lo mismo y fue puesta como corolario en su obra, a una la llamó dialéctica, a otra retórica y a la práctica tópica. Se entienden los tiempos aquellos y por ende la cuestión de la terminación de los conflictos, por eso la argumentación jurídica no evoluciona de una manera tan rápida ya que eran pocos los que escribían y sabían leer, pero todos saben hablar. Hasta el día de hoy hablamos de auditorio y la génesis del término proviene de *auditur* que está relacionado con lo que se oye o se escucha. La argumentación se postra durante mucho tiempo y quién dispone dar curso a las disputas y clausurarlas es la retórica. ¿Y qué entendemos por retórica? responde Aristóteles:

*“Rethoric then may be defined as the faculty of discovering the possible means of persuasion in reference to any subject whatever”*⁹

Se habla de persuasión en cuanto a la finalidad de ésta y se especifica que el campo de acción es ilimitado, quién tiene las armas suficientes podrá persuadir a cualquiera, el campo de acción es extenso. Es a través del diálogo que se obtendrá la verdad. La dialéctica y la retórica se complementan, aunque tienen finalidades

⁷ SCHMILL Ulises, *lógica y derecho*, 2ªed., D. F., México, Fontamara, 1997, p. 78.

⁸ TAMAYO y Salmorán Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2ª ed., D. F., México, UNAM, 2009, pp 73-74

⁹ ARISTÓTELES, *Rethoric* trad. J. H. Freese, Estados Unidos, Charles River Editors, 2015., pos. 27.

distintas. Una vez enunciado lo anterior también nos percatamos que de manera práctica se habla de la tópica en general. Encontramos pues que existen tres tipos de argumentación.

Grecia por sus condiciones geográficas tuvo un derecho bastante benigno, no requirió del perfeccionamiento del derecho como otros pueblos que debido a sus condiciones territoriales tenían una vida más difícil, al tener un clima, una posición geográfica envidiable y tener alimentos suficientes los diferendos eran resueltos de manera convencional. Lo que si se tiene claro es que dependiendo con quién quisiera hablar es el tipo de argumentación que utilizaría. Si era una cuestión relativa a algún problema de la *polis* utilizaba la retórica. Si se trataba de algo atinente a la ciencia se empleará la dialéctica. Para las controversias se utilizaba la dialéctica erística y para los temas prácticos Aristóteles pensó en la tópica jurídica ya que se trataba de la realidad y tenía como fin el ubicar los lugares y la forma de defenderse en una discusión.

Aristóteles infirió que para que se implemente la tópica es necesario que se parta de entes plausibles y probables; no de verdades o certezas absolutas, sino de opiniones más o menos respaldadas, ya que las pruebas científicas deben ser verdades comprobables, en cambio las retóricas y dialécticas sólo probables. Menciona Platas al respecto:

“El objetivo de la Tópica Jurídica, por tanto, debe ser la consideración de lo verdadero o falso y de lo válido o lo inválido, pues al versar sus juicios y argumentos sobre realidades plausibles, éstas admiten una consideración de lo singular en cuanto a singular, lo que dificulta y en ocasiones imposibilita una consideración estrictamente sintáctica, porque esta última no está abierta al diálogo ni a la consideración de lo probable, pues carece de un contenido específico.”¹⁰

¹⁰PLATAS Pacheco, María del Carmen. *Filosofía del derecho analogía de proporcionalidad*, D. F., México, Porrúa, 2003, p. 109.

En el preámbulo de Tópicos se nos refiere que tratan sobre la doctrina del razonamiento sobre lo probable. Manifiesta que el fin del tratado es encontrar un método con cuyo auxilio podamos formar toda clase de silogismos sobre todo género de materias, partiendo de proposiciones simplemente probables, y que nos enseñe, cuando sostenemos una discusión, a no adelantar nada que sea contradictorio a nuestras propias aserciones.¹¹ Como refiere en su obra García Amado existe una distinción entre razonamiento demostrativo, dialéctico y erístico. Hay demostración cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, en cambio el dialéctico el razonamiento construido a partir de cosas plausibles. Erístico sería el razonamiento que se apoya en premisas cuya plausibilidad sea sólo aparente, o que no se estructura como un auténtico razonamiento correcto, se trata más que nada de situaciones de controversia.

1.5 Roma.

Grecia, aunque fue altamente brillante en muchas de las ciencias y artes, en el derecho no tuvo la suficiente fuerza para hacerlo crecer como si lo hicieron los romanos. Sobre la forma de dirigirse al foro o a los jurisconsultos es que surge la retórica romana, Cicerón dice que la función de la retórica es:

“Parece evidente que la función de la retórica es hablar de manera adecuada para persuadir y que su finalidad es persuadir mediante la palabra”¹²

Hay un nuevo elemento que no solamente se trata de persuadir a través de las palabras, sino se trata de decirlas con elocuencia es decir de una manera ordenada, controlada para que produzcan un peso específico en una controversia. Se observa que se trata de una elocuencia que tiene que llevarse a cabo de manera esencial con la ciudad. La forma de la retórica se vuelve una cuestión realista, se trata de una práctica, es sobre cómo comportarse en el foro. Quien habla con elocuencia es capaz de convencer, es capaz de persuadir y que su argumento pese

¹¹ ARISTÓTELES. *Tratados de lógica*, México, 10ª ed., D. F. México, Porrúa, 2001, p. 307.

¹² CICERÓN. *La invención retórica*, Madrid- España, Gredos, 1997, p. 93.

sobre todos los demás. En este arte práctico lo que se hizo fue una revisión del discurso retórico, ya que nuevamente estamos ante una práctica que se realizaba de manera oral. Lo anterior es fácil entender, ya que, aunque se trataba de Roma de un imperio avanzado todavía el acceso a la escritura y los medios de comunicación se encontraba bastante primitiva. Por tal razón, la mejor forma de dirigirse a cualquier persona hasta el día de hoy es a través del lenguaje oral. La forma en que dividen a la retórica y la forma de hacer los discursos lo hacen de la siguiente manera:

“Creo por ello que el objeto de la retórica es, como ya he dicho, el que le atribuyó Aristóteles. Sus partes son las que la mayoría de autores enseña: la invención, la disposición, el estilo, la memoria y la representación. La invención consiste en la búsqueda de argumentos verdaderos o verosímiles que hagan creíble nuestra causa; la disposición sirve para ordenar adecuadamente los argumentos hallados; el estilo adapta las palabras apropiadas a los argumentos de la invención; la memoria consiste en retener firmemente las ideas y palabras. La representación es el control de la voz y del cuerpo de manera acorde con el valor de las ideas y palabras”¹³

Se asienta que lo propuesto por Cicerón es práctica judicial y política, se trata de un asunto argumentativo relacionado con los tribunales y la política. La oralidad era la primicia sobre todas las demás. Sobre las capacidades orales de los sujetos se menciona sobre la de hablar y la distinción con los demás seres vivos:

“Aunque en mi opinión los hombres son en muchos aspectos inferiores y más débiles que los animales, los superan especialmente por la capacidad de hablar”¹⁴

Esta afirmación hace que se vuelque todo el asunto de la argumentación sobre lo que se dice y la manera en que se hace. Como hemos se mencionó no existe un deslinde entre lo que es la retórica y la política, y lo que es la retórica y el foro judicial al respecto menciona el autor:

Hay una ciencia política que incluye muchos e importantes elementos, una parte importante y considerable de ésta la constituye la elocuencia según las reglas del arte, a la que llaman retórica”¹⁵

El traductor de la obra realiza una nota al pie de página y hace una aclaración pertinente, diciendo:

¹³ CICERÓN, *Op. cit.* p. 97.

¹⁴ *Idem*, p. 91.

¹⁵ *Idem*, p. 92.

“Cicerón, que sigue la teoría de Hermágoras, restringe la universalidad de la retórica a su inclusión en las materias de interés general determinadas por la vida pública y sus condiciones políticas y morales, las llamadas civiles quaestiones (politikà zetémata)”¹⁶

La elocuencia como clave de la oratoria tiene una finalidad, ¿Y ésta cuál es?, la persuasión. Existen dos términos que aunque parecen ser lo mismo, son diferentes: uno de ellos es la persuasión y el otro el convencimiento. Para la retórica la persuasión es lo que importa. Se manifiesta en la obra:

“Parece evidente que la función de la retórica es hablar de manera adecuada para persuadir y que su finalidad es persuadir mediante la palabra.”¹⁷

Más adelante comprenderemos esta distinción que se realizó de manera embrionaria por parte de los retóricos, ya que se le reputaba a la retórica el hecho de que sólo hablará de cuestiones filosóficas, políticas o morales que fueran de interés general lo que dijimos que se conoció como [*politikà zetémata*] y de ahí se excluyen las cuestiones jurídicas por ser especializadas. La principal razón era la instauración de reglas del juego cuando se está ante un determinado caso jurídico y se toma una decisión por parte de quién clausura la controversia, lo hace convencido de lo que le presentaron como pruebas. Si argumentamos en una disputa y quién decidirá será la muchedumbre reunida en la plaza, entonces la decisión que se tome será sobre el convencimiento que se realice por una de las partes: la bonhomía, la importancia de quién habla, lo que se dice, como lo dice, la forma en que presenta las pruebas serán motivo de decisión del debate, pero sin entrar en un corsé de reglas. Esto fue representado en el escudo de Aquiles que hemos comentado en este capítulo.

El problema se torna diferente cuando quién decide es un juez y el juego se encuentra reglado, las probanzas decidirán la balanza para una de las partes y el juez, aunque no se encuentre convencido de los argumentos, si las pruebas son contundentes entonces aunque el juez no se encuentre convencido fallará con base en lo que le persuadió.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ CICERÓN, *op. cit.* p. 93.

1.6 Quintiliano.

La labor de Cicerón fue perfeccionada por Quintiliano, en la prefación Angelo Policiano de la obra expresa: “no daré la ventaja a Quintiliano sobre Cicerón, pero tengo a sus instituciones oratorias por obra más perfecta, y acabada que los libros retóricos que éste compuso”¹⁸. El comentario expresa que el trabajo es más enfocado para la práctica que la misma retórica de Cicerón que, aunque tiene mucho de práctica se expresa más en las cuestiones de la política y por ende de la oratoria. En *Instituciones Oratorias* se realiza una división de la retórica, catalogándola en los géneros demostrativo, deliberativo y el último judicial. La retórica es todo aquello de lo que se puede hablar, no solamente lo circunscribe a lo jurídico, sino a cualquier otra actividad. En cuanto al género demostrativo, no hablaremos con profundidad por no ser parte de la investigación, diremos que dicho género consiste en alabar y vituperar. Se trata de razones subjetivas en donde el que realiza el discurso hace uso de sus dotes frente a la audiencia y tiene como fin realizar un panegírico de una cosa, un personaje, un lugar o una crítica. Se establecen reglas, pero se trata de un género bastante laxo. En el género demostrativo vale cualquier cosa para realizar la actividad retórica; vale el linaje del personaje, la moral y todo aquello que sea laudatorio, de la misma forma en el vituperar a alguien presupone no una actividad sencilla, aunque lo pareciera, se trata de infamar a la persona y llamar la atención sobre esas características negativas de la persona, haciendo ver los vicios más odiosos, los defectos corporales, la fealdad y entonces a partir del discurso se tenga una idea diferente antes de la peroración y después ésta.

En la obra de Quintiliano de los géneros más importantes relativos a la argumentación son el deliberativo y judicial. Aparentemente existe una división de éstos aunque parecieran uno, y sobre todo utilizarse en el foro como política para

¹⁸ QUINTILIANO Marco Fabio. *Instituciones Oratorias del célebre español M. Fabio Quintiliano*. Imprenta de la Administración del Real Arbitrio de Beneficencia, Madrid-España, 1799, p. 1.

influir sobre un negocio, sobre personas o relativos a los negocios de la *civita*, ese sería el deliberativo y tenemos el judicial que trata de una cuestión procesal sobre cómo se crea el discurso judicial. Sobre el discurso creado en el género deliberativo diremos que se le conoció como *suasorio*, refiere que el género deliberativo es aquél:

*“que llaman suasorio, se reduce a persuadir, o disuadir alguna cosa. No necesita de exordio como el judicial; pues quién persuade, ya se supone tiene ganada la voluntad de aquel a que aconseja”*¹⁹

La etimología de la palabra deviene del adjetivo latino *suasorius-a-um* que aconseja, que persuade, *suasoria*: discurso propio para persuadir, [especie de declaración, en la que se intentaba persuadir a un personaje histórico o mitológico para que tomase una decisión determinada].²⁰ Una de las virtudes de quién realiza el discurso deliberativo será persuadir, el alma del discurso se encuentra en ella, y con ello se lleva a la persona a la que se persuade a moverse hacia una determinada resolución, que se decida a hacer algo, o que no haga nada. En el tipo deliberativo tiene lugar que no solamente se prepara el discurso, sino que muchas veces quién lo dice le imprime una carga emotiva, ya que no es lo mismo que el discurso sea preparado por un ciudadano común, o que dicho discurso sea dicho por un notable, esto genera un impacto entre quienes escuchan, esto trajo como consecuencia que en el exceso del uso de dicha figura se creará la falacia del argumento *ad hominem*. Dice Quintiliano al respecto:

*“En las oraciones deliberativas vale mucho la autoridad; porque el que quiera que difieran a su dicho en lo útil, y bueno, es preciso sea tenido por sensato, y de conocida bondad. Porque en los asuntos judiciales se permite y concede algo á la pasión; pero en los consejos ninguno niega, que estos deber ser arreglados por las buenas costumbres.”*²¹

En la deliberación discursiva tenemos que no es lo que se dice, sino quién se lo dice, quién lo decía en esos tiempos seguía influyendo en el ánimo de los juzgadores o de los hombres de la ciudad. En los temas que tiene relación con la

¹⁹ Idem., p. 172.

²⁰ DEHESA Dávila, Gerardo. *Introducción a la retórica y la argumentación*. 2ªed., D. F., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 21

²¹ QUINTILIANO, Marco Fabio. *Op. cit.* p. 174.

deliberación a veces se da por un hecho que pareciera que éste prepara el terreno para la cuestión judicial:

“Mucho de los griegos pensáron, que todo este género tiene uso únicamente en las juntas del pueblo, y en el gobierno de la república; y aún Ciceron de esto solo trata por lo común. Por tanto dice, que los que traten de la paz, de la guerra, de las tropas, riquezas, y tributos, tengan sobre todo presentes dos cosas, que son las fuerzas, y las costumbres de una ciudad; para que todas las razones para persuadir vayan fundadas en la naturaleza de estas mismas, cosas, y de los oyentes. Pero yo admito mas variedad de asuntos; pues el género deliberativo abarca mucho más.”²²

Lo anterior nos da la pauta para admitir que el discurso deliberativo puede incluso hacerse valer en las cuestiones judiciales. ¿Cuál sería la diferencia con el judicial? Las reglas, en los géneros que hemos expuesto, no existen reglas, es abierta la forma de presentar los argumentos. Existen algunas directrices, pero éstas son muy sueltas, no hay una delimitación acerca de los linderos. Lo anterior permite que el espectro se amplíe y genera una mayor vehemencia para quién delibera. Pasando al género judicial, como primera regla se trata siempre de una acusación y defensa, en el derecho actual lo correcto sería una acción y una excepción o defensa. Habrá siempre en el judicial una forma en que se enuncie la acusación y quién se defiende de ésta. Obvio la *litis* se genera de una manera bastante formal y no permite el uso del lenguaje rebuscado, rimbombante o de gesta heroica que si permiten los otros géneros. Aquí lo que se hace es una división que establece la estructura del discurso litigioso expresando siendo: El exordio, la narración, confirmación, refutación y epílogo.

Sin entrar a detalle en cada uno de ellos diremos lo que representa cada uno de ellos. El *exordio* llamado así pero que representa de una mejor manera según dicho de Quintiliano lo que es el *proemio*, se dice que es preparar al juez o prevenirlo antes de entrar al conocimiento de la causa. Es realizar una introducción sobre los hechos que motivan la causa y y razón de por qué se acude ante una autoridad para que resuelva la situación jurídica.

²² *Ibidem.*

En el exordio se habla ya del foro judicial todavía los límites se encuentran sin establecerse, es válido de acuerdo a lo que dice el autor hispano hacer uso de cuestiones que se encuentran fuera de la contienda planteada, dice el autor:

*“Ahora decimos en común, que huyendo de lo que nos perjudica, aleguemos de lo que nos favorece. Si la causa es mala, valgámonos de la persona, y al revés. Si no tenemos nada de donde asirnos, echemos mano de lo que perjudica al contrario”.*²³

En la actualidad con la tasación de las pruebas es difícil que prospere alguna idea fuera de la litis en el ánimo del juez, lo que se prueba es lo que hace que se sentencie a favor. Lo que es cierto es que a pesar de lo expuesto se da una incipiente tasación rudimentaria de la prueba. Ese acto embrionario dará al proceso una madurez en cuanto a que éste sea cerrado en cuanto a pretensión y refutación y se deja de lado aún el laxo juego de la valoración de la probanza. Siguiendo con lo expuesto por Quintiliano se tiene a la *narración* como el complemento del exordio, solamente que ya se pide un resultado, esto es que se deduce de manera material sobre lo que se quiere en el resultado final resumido en peticiones.

El accionante dice: es mi pretensión está y si procede la misma pido en específico que se haga algo y lo pido por las siguientes consideraciones. Aquí también adolece esta parte del rigor dogmático que actualmente tienen los procesos cuando se falla una cuestión, en la *narratio* se acepta también el hacer entender al juez que debe de pensar como nosotros. Dice Quintiliano sobre las leyes de la narración:

*“Veamos ahora las leyes de la narración; la que no es otra cosa, que la relación de una cosa sucedida, ó tenida por tal, útil para la persuasión, O, como la define Apolodoro, es una exposición, que informa á los oyentes de la causa.”*²⁴

Una de las circunstancias que deben ser tomadas en cuenta es la relacionada a que las principales acusaciones en aquella época eran relativas a hechos. La narratoria se basaba sobre situaciones inferidas en comprobaciones de hechos. Por ello es que se valía de los antecedentes del individuo en cuestión y

²³ QUINTILIANO, Marco Fabio, *op. cit.* p. 204.

²⁴ *Idem.* p. 220.

aparte del linaje de éste, ya que eso equivalía a ser o no ser culpable. Por ello estamos ante la presencia de la evidencia de la narración que refiere el autor hispano:

“Á lo que yo entiendo, consiste no solo en decir la verdad, sino en hacer ver en cierto modo, que la cosa es así.”²⁵

La *confirmación* es el centro de la actividad discursiva en la cuestión de probar las cuestiones fácticas, en esta se utiliza en esencia la lógica, ya que si alguien que es acusado de un delito refiere que no se encontraba en el lugar de los acontecimientos, es obvio que si prueba que se encontraba en otro lugar ha quebrado el alegato que lo hacía parte material de la acusación y que por lógica se deduce que nadie puede estar en dos lugares a la vez. La *refutación* es la contestación a la acusación que se realiza, en la obra en comento casi siempre se habla de cuestiones penales, de robo, sacrilegio, homicidios *et sit cetera*, lo anterior hace que se intente a través de la *refutatio* desestimar la acusación. En esta etapa aún no existía una reglamentación estricta en cuanto a la igualdad de las partes refiere Quintiliano que es muy fácil acusar, la invectiva contra alguien es fácil de decir, basta declararla para que esta active la maquinaria en contra de alguien, la declaración de que alguien ha cometido un delito es pensada y se tiene el tiempo para que ésta sea planteada de manera verosímil, en cambio la defensa se realiza en un tiempo menor y con más avatares que certezas.

No hay todavía una igualdad procesal ya que no existen los requisitos y los presupuestos formales que harían que una acusación dictada al aire sea desechada por carecer de lo anterior. De cualquier forma, se refuta la acusación y obvio lo mismo para la contraparte en el proceso, se refuta a su vez lo contestado por el acusado. Hay en la obra una situación trascendente en cuanto al punto procesal, refiere el autor que cuando se realiza una defensa si esta es sobre una causa complicada y hay poco que hacer entonces se puede esgrimir la falta de formalidad,

²⁵ *Idem.* p. 228.

se toma esta declaración como una simiente de lo que posteriormente será el debido proceso, sobre la legalidad de los procedimientos que se apeguen a las normas establecidas en el proceso, pero sin olvidarnos que estamos todavía tratando a un *corpus* y no a un sistema con plenitud. La formalidad entonces podrá ser relacionada con los aspectos *intuitu res e intuitu personae*. De acuerdo a las formalidades establecidas serán válidas situaciones que en algunos casos estarán relacionados con la normatividad, pero en otros responderán a situaciones propias del foro, una de ellas es que no cualquier podía ser defensor, solamente los iniciados, aquel que no tenía dinero para un defensor es muy probable que perdiera la disputa. Acaso ahora aplique de la misma forma, pero al menos existen instituciones que intentan que la situación no sea tan dramática. Por último y a manera de referencia nos referimos a la perorata, la última parte que resume lo acontecido en el proceso, para ello es válido una serie de circunstancias que son tomadas en cuenta por el que juzgará, de ninguna manera inferimos que se trate de cuestiones técnicas, lo que menciona el autor es que se trata de hacer creíble la versión de alguna de las partes y para ello se vale de cuestiones hasta histriónicas.

1.7. La argumentación de Viehweg.

Uno de los precursores de la argumentación jurídica fue el alemán Theodor Viehweg, filósofo del derecho que elaboró su teoría en una etapa de la postguerra, lo que hizo que muchos filósofos del derecho le dieran un respiro y nueva vida al iusnaturalismo por las situaciones terribles de la conflagración; él a diferencia por ejemplo de Radbruch insistió en el carácter dogmático del derecho, cuyo punto de partida son concepciones acerca de lo justo aceptadas como incuestionables en una determinada sociedad. Por esta visión del derecho elaboró una teoría de la argumentación que redimensiona la forma de hacerlo y le da un nuevo sentido. No es que la argumentación no fuera importante para los juristas, sino que esta se encontraba circunscrita de manera clara, sobre esos límites se actuaba y se escribía. Una de las circunstancias que distingue al momento de preparar su tesis de la

argumentación es que hasta el siglo XVII se siguió teniendo la idea de que el derecho era un *corpus*. Los juristas se esmeraban en hablar del *corpus iuris* y realizaban clasificaciones con base en eso. Con la irrupción del positivismo y el desarrollo de la ciencia comprobable el derecho para no perder ese tono, abandono la idea del *corpus iuris* y tomó la de sistema, se entendió al derecho como un sistema y agregaría más, un sistema deductivo que tiene respuesta a la mayoría de los problemas. Esta forma de trabajar planteó un modelo de argumentación axiomático-deductivo y lo convirtió también en una pauta de la jurisprudencia.²⁶

Acorde entonces con el positivismo y con la ciencia *in genere* se realiza una pregunta de científico ¿qué es lo que hace un científico cuando práctica aquello que denomina ciencia, especialmente cómo descubre y utiliza aquello que él llama argumentos? la respuesta para el jurista será de carácter epistemológico. ¿Cómo accede el jurista a una teoría de la argumentación? Lo hace desde dos perspectivas: la primera de ellas a través de la prudencia jurídica (jurisprudencia) y a través de la teoría del derecho como teoría de la ciencia. Una de ellas es una práctica jurídica, la otra será una teoría de investigación de esos elementos que abarca el lenguaje, los contextos, los principios etcétera. Pero si en los anteriores siglos se tomaba a la argumentación con el “todo vale” para la resolución de un problema jurídico aquí se tiene un sistema, la resolución adquiere una forma dialógica, se realiza a través del diálogo. Al respecto menciona el jurista:

“Consecuentemente, se esboza una dialógica que permite concebir al diálogo como un juego reglado entre dos jugadores o partes. Estos son llamados, siguiendo la tradición retórica, proponente (o respondor, o defensor), por una parte y oponente, por otra, o simplemente B (blanco) y N (negro). Sus acciones discursivas son los movimientos en el juego del diálogo, que atacan o defienden un enunciado compuesto o simple (que aquí equiparado es una aseveración). La regla general del juego indica en una tabla cuáles son las posibilidades que existen de ataque y de defensa y la regla especial del juego indica cuándo, en el curso del diálogo (describible en una tabla), puede llevarse a cabo un ataque o una defensa. Aquel jugador que logra responder a su favor todos los movimientos concebibles del contrincante en el diálogo es el ganador”

²⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2ª ed., Barcelona-España, Gedisa, 1997. p. 154.

Esta parte da pie a que la argumentación jurídica va siempre de una *litis* o pretensión y quienes aceptan dirimir ese diferendo lo hacen a partir una aceptación de reglas bien claras de las cuales no vale salirse. En este desarrollo no existe mayor problema. La problemática viene pues en la fundamentación y es aquí cuando se habla de una argumentación completa. La problemática que se aduce en cuanto a la argumentación es la relativa a que los que participen en una cuestión dialógica empleen los mismos significados, a partir de ello aparece lo que denomina la reflexión semiótica y la divide en tres expresiones:

“Si se denomina sintaxis a la conexión de los signos entre sí; semántica, a la conexión de los signos con los objetos cuya designación afirma; y pragmática, al contexto situacional en el que los signos son utilizados, responde en muchos aspectos a nuestra praxis de pensamiento al tener en cuenta, en primer lugar, a la sintaxis, aislarla dentro de lo posible como un ámbito independiente, o avanzar desde ella lo más pronto posible al ámbito semántico y, sólo como ayuda, en cierto modo obligado, recurrir a la pragmática”²⁷

Como punto cardinal aparece el lenguaje en la versión semiótica de la significación, pero sin llegar a una cuestión analítica, sino comprendida en la pragmática del suceso, ese giro es netamente jurídico ya que en una disputa jurídica los protagonistas argumentarán, pero utilizarán la pragmática retórica ya que en un lenguaje aplicable a ese solo caso con reglas bien establecidas intentarán saldar el problema con una resolución única, no habrá dos casos iguales aunque lo parezcan. En su desarrollo pragmático dispone el jurista:

“El curso de estas reflexiones es aproximadamente el siguiente: si fundamentar es necesariamente argumentar y contrargumentar, entonces es una actividad que sólo es posible si se satisfacen determinados deberes de comunicación”²⁸

Se convierte en una dinámica bien establecida a la ahora de zanjar un problema jurídico, por eso en una mayor o menor parte interviene la pragmática, aunque lo deseable es que sea lo menos, pero en un momento dado establece una participación. Como refiere el ataque, la defensa y el pedido de la explicación deben ser reflexionados como obligaciones y explica la razón:

²⁷ VIEHWEG, Theodor op. cit. 168.

²⁸ *Idem.* p. 169.

“Esto parece especialmente urgente porque nuestra realidad “científica” depende, en una medida insuperable, de las aseveraciones confiables de los demás. Dadas la complejidad del mundo, la brevedad de nuestra vida y la limitación de nuestras capacidades, la obligación de no distorsionar nuestra realidad con aseveraciones infundadas tiene un interés general”²⁹

La argumentación práctica empieza con una pretensión y con una refutación a esa pretensión, decir: “usted me debe” y contestar el otro: “yo no debo nada” son enunciados que se encuentran soportados por un contexto legal determinado, ese contexto tendrá que ser demostrado en el proceso. Necesariamente esa argumentación ya no partirá de una simple elucidación de lugares comunes, si no que se emplea la argumentación *intra* proceso e *inter* proceso, *i. e.* que se encuentran establecidas las reglas que habrá para el *onus probandi* y la carga o intención que se elabore hará que el sentenciador se decante por una de las propuestas elaboradas de las partes del proceso. Cuando se toma una decisión, ésta si abre camino a algo que no se encontraba resuelto en el sistema jurídico, adquiere el predicado de precedente, por eso se vuelve un tópico, ya que en un problema similar ya se encuentra establecido el lugar a donde acudir, en algunos casos se vuelve un dogma, el *stare decisis* es establecido y valga por un tiempo, la duración es intrascendente hasta que no hay una irrupción en que se modifica seguirá rigiendo para las relaciones similares que se le parezcan. Viehweg refiere sobre lo anterior:

“Es claro que en todo ámbito cultural, las dogmatizaciones, desdogmatizaciones y redogmatizaciones juegan, encubierta o manifiestamente, un papel considerable. Catálogos de topoi dogmatizados (a veces hasta protegidos constitucionalmente) constituyen los fundamentos de las diferentes culturas jurídicas). Aquí merece ser tenido en cuenta que las proclamas colocadas fuera de duda (dogmatizadas) influyen, en tanto tales, directamente. Se tiene a considerar ya como debido al estado de cosas en ellas designado y, por cierto, aun cuando no exista una expresa formulación de deber ser. La formulación expresa de la función directiva eventual sanción de la violación del dogma son sólo otros pasos más en la vía. Pues el pensamiento dogmático tiene la función de posibilitar decisiones y guiar acciones. Naturalmente, no puede prescindir de cogniciones pero, primariamente, no es cognoscitivo sino directivo, mientras que el pensamiento cetético es primariamente cognoscitivo. En todo nuestro pensamiento se percibe continuamente la oposición entre dogmática y cetética”³⁰

²⁹ Ibidem.

³⁰ VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 174.

1.8. Chaim Perelman.

Con el paso de los años la retórica entendida como en los viejos tiempos, como el arte de la elocuencia y persuasión perdió protagonismo en las diferentes ramas filosóficas, ante el advenimiento de la escritura y por ende mayor análisis de los textos, éstos pasaron a tener primacía sobre lo que se decía. Para los antiguos el objeto de la retórica era, ante todo, el arte de hablar en público en forma persuasiva.³¹ Ante esta primacía fáctica que se originó, trajo como consecuencia que entonces la retórica perdiera adeptos ya que empezó a considerarse como una forma de hablar y de abusar de la palabra. Ante esto Chaim Perelman escribe una obra que al igual que la obra de Bacon con “*novum organum*” utiliza el predicado “nueva” y la llama “La nueva retórica”. En este trabajo de argumentación realiza un estudio sobre escenarios relativos a la retórica, pero no desde las reglas antiguas que se conocían, sino desde el ámbito de los auditorios y de ahí concibe esta nueva forma de argumentar. Intenta rehabilitar el estado en que se encontraba la retórica que se consideraba como algo de ornamento, y esa rehabilitación tenía que pasar por el binomio retórica- argumentación.

Ante la falta de demostración de muchas situaciones que atañen al mundo, se requiere de nuevos instrumentos y para ello servirá el sacar de la terapia intensiva a la retórica y recargar sus conceptos con los nuevos aperos de la filosofía. Intenta en la nueva obra regresar a la ciencia, a estas ciencias del espíritu que habían quedado fuera por la filosofía cartesiana de que lo verdadero es lo evidente, lo demostrable e intenta remover esa hegemonía que permeo durante tanto tiempo y es lógico las ciencias exactas no hicieron que el mundo fuera mejor, las bombas atómicas, las guerras, la barbarie lo volvieron más hostil, esto necesariamente le da una respiración a todo aquello que no es demostrable o evidente.

³¹ PERELMAN Chaim y L. OLBRECHTS- TYTECA. *Tratado de la argumentación*, Madrid-España, Gredos, 1994, p. 33.

“La teoría del derecho es del número de aquellas que no dependen de experimentos, sino de definiciones; no de lo que muestran los sentidos, sino de lo que demuestra la razón; y son, por así decirlo, de derecho y no de hecho. En efecto, pues que la justicia consiste en cierta conveniencia y proporcionalidad, puede comprenderse que algo sea justo aun cuando exista alguien que pueda hacer valer la justicia o sobre la cual puede hacerse valer la justicia; del mismo modo que las relaciones aritméticas son verdaderas, aun cuando no haya alguien que cuente y aun cuando no haya cosas que contar.”³²

Es necesario realizar una digresión acerca de la importancia que tiene para la cuestión de la palabra escrita, como se mencionó el ser humano es el más débil de las especies, pero tiene una forma de comunicarse más efectiva, a través del habla y del lenguaje. Cuando este binomio se perfecciona se vuelve un medio poderoso en la política, en el derecho, en la sociología, en la literatura y cuando puede ser expuesta a una multitud a través de los libros se potencializa su poder. Obvio esto implica un cambio de estructura en lo que se decía antes y lo que se dice ahora. Umberto Eco *dixit*:

*En las últimas décadas se ha ido afirmando un cambio de paradigma respecto de las discusiones críticas precedentes. Si con el estructuralismo se privilegiaba el análisis del texto como objeto dotado de caracteres estructurales propios, descriptibles mediante un formalismo menos riguroso, posteriormente la discusión se orientó hacia una pragmática de la lectura.*³³

Un texto una vez que es escrito se puede leer varias veces, una y otra vez, después de muchas lecturas lo que nos dice el texto es distinto (o lo comprendemos diferente) y el hecho de que podamos anotar un texto y dejarlo para discutir para otro día permite que se oreen las ideas³⁴.

³² BOBBIO, Norberto. *Derecho y Lógica*, D. F., México, UNAM, 1965, p. 12

³³ ECO Humberto. *Los límites de la interpretación*, Milán-Italia, Lumen, 1992, p. 22.

³⁴ En la obra de Eco da lugar la siguiente historia para una mejor referencia: Cuán extraño debió resultar este Arte de la Escritura en su primera Invención lo podemos adivinar por los Americanos recién descubiertos, que se sorprendían al ver Hombres que conversaban con Libros, y a duras penas podían hacerse a la idea de que un Papel pudiera hablar... Hay una graciosa historia a Propósito de esto, concerniente a un Esclavo indio; el cual, habiendo sido enviado por su Amo con una cesta de Higos y una Carta, se comió durante el Camino gran Parte de su carga, llevando el resto el Resto a la Persona a la que iba dirigido; la cual, cuando leyó la Carta, y no encontrando la Cantidad de higos de que se hablaba, acusó al Esclavo de habérselos comido, diciéndole lo que la Carta alegaba contra él. Pero el Indio (a pesar de esta Prueba) negó cándidamente el Hecho, maldiciendo la Carta, por ser un Testigo falso y mentiroso. Después de esto, habiendo sido enviado de nuevo con una Carga igual, y con una Carta que expresaba el Número preciso de Higos que habían de ser entregados, devoró otra vez, según su anterior Práctica, gran parte de ellos por el Camino; pero antes de tocarlos, (para prevenir toda posible acusación) cogió la Carta, y la escondió debajo de una gran Piedra, tranquilizándose al pensar que si no lo veía comiéndose los Higos, nunca podría referir nada de él; pero al ser ahora acusado con mayor fuerza que antes, confiera su Error, admirando la divinidad del Papel, y para el futuro promete la mayor Fidelidad en cada encargo.

Los antiguos realizaban un ejercicio hasta catártico en la plaza pública, se reunían para solucionar un conflicto que a veces era juzgar un asunto entre dos particulares, esta muchedumbre en algún momento se adhería a una de las tesis planteadas. Pero por qué razón se adhería a una tesis, era racional esa decisión o se trataba más de un convencimiento. En los anteriores textos se han analizado como en Cicerón y Quintiliano el efecto de los oradores era ser elocuentes y en un momento dado sorprender con argumentos que permitieran persuadir y así obtener una ventaja. Entre la retórica antigua y la nueva retórica propuesta por Perelman encontramos un punto de divergencias que se tienen empezando por la oralidad y la textualidad que desarrolla cada una de las retóricas la antigua oral y la nueva escrita. Ese punto de contacto es el que se refiere al auditorio. Aun cuando el concepto de auditorio se refiere a razones relacionadas con lo que se oye o se escucha lo que Perelman dice del auditorio es el que se refiere a quién leerá el texto y que dirá sobre ese texto. El auditorio determinará en un momento dado el tipo de discurso que será empleado.

Habrá un discurso para cada auditorio, la finalidad será siempre “el influir con eficacia en los oyentes, para juzgar su valor no se puede tener en cuenta la calidad de los oyentes a los que se logra convencer.”³⁵ La pregunta obligada es a quién nos interesa convencer-persuadir en una argumentación jurídica, esta declaración es importante ya que los auditorios jurídicos se dirigen a aquellos que no sucumben tan fácilmente a la sugestión, presión o interés. Cuáles serán entonces las herramientas que deberá de utilizar el actor que se encuentra en el medio de una disputa. Pues los herramientas a utilizar serán el empleo del lenguaje para persuadir y para convencer. Se requiere entonces realizar una diferencia entre lo que entendemos por convencimiento y por persuasión. El convencimiento será un paso en donde interviene más la parte psicológica de un individuo sobre una determinada situación. Existe una identidad entre lo que dicen las partes y con lo que identifica el sujeto que

³⁵ PERELMAN Chaim y L. OLBRECHTS, op. cit. 39.

decide cualquier cuestión, ya sea por empatía en la mayoría de las ocasiones. En cambio, la persuasión recurre a situaciones que no siempre dejan convencido al que decide, pero en el trayecto de la resolución responden a un cúmulo de situaciones que en ese momento permiten tomar una decisión al respecto. De qué manera se construye la argumentación desde el punto de vista de la nueva argumentación, bien pues Perelman comienza su discurso al oponerla a la concepción clásica de la demostración y, más concretamente, a la lógica formal que se limita al examen de los medios de prueba demostrativos. La construcción de sistemas lógicos permite elaborar axiomas y señalar en qué consisten esos axiomas y la validez de estos. La única obligación que vale para el constructor de axiomas es elegir los signos y las reglas de modo que se eviten las ambigüedades. La axiomatización tiene una finalidad podríamos decir gráfica:

“En primer lugar constituyen un instrumento precioso de abstracción y análisis. El paso de una teoría concreta a la misma teoría axiomatizada, formalizada posteriormente, renueva, prolongándolo, el trabajo de abstracción que lleva, por ejemplo, de un número concreto (un montón de manzanas o de guijarros) al número aritmético, y después de la aritmética, al álgebra, reemplazando los términos individuales por variables de las cuales sólo están determinadas las relaciones.”³⁶

Si se tiene un sistema lo que hacemos es realizar deducciones, de lo generalmente aceptado lo llevamos a los aspectos particulares y entonces revisamos lo que se encuentra en ese sistema, lo válido. Sobre el respecto sostiene Perelman:

“Cuando se trata de demostrar una proposición, basta con indicar qué procedimientos permiten que esta proposición sea la última expresión de una serie deductiva cuyos primeros elementos los proporciona quien ha construido el sistema axiomático en el interior del cual se efectúa la demostración.”³⁷

El derecho desde que deja ser un *corpus* y pasa a ser un sistema pleno, se deducen las conclusiones a partir de premisas establecidas en las leyes y que tienen forma de enunciado. La cuestión es que en la argumentación lo anterior no aplica del todo lo anteriormente expuesto, la principal razón es el lenguaje que se traduce en un lance intelectual.

³⁶ BLANCHÉ, Robert. *La axiomática*, D. F., México, FCE, 2002, p. 76

³⁷ PERELMAN Chaim y L. OLBRECHTS . *op. cit.* p. 48.

“Pero, cuando se trata de argumentar o de influir, por medio del discurso, en la intensidad de la adhesión de un auditorio a ciertas tesis, ya no es posible ignorar por completo, al creerlas irrelevantes, las condiciones psíquicas y sociales sin las cuales la argumentación no tendría objeto ni efecto. Pues, toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por tanto, supone la existencia de un contacto intelectual.”³⁸

El intelecto interviene en la argumentación, ya que se establece una comunidad de personas que aceptan ciertas condiciones, para después estar dispuestas a debatir y que hasta ese momento no parecen evidentes, la finalidad entonces es encontrar el camino para entonces tener una respuesta. Al hablar de un auditorio que debatirá tendremos que el sistema se compondrá en lo externo de reglas aceptadas por todos, si alguien no sigue las reglas entonces no tiene acceso. El ejemplo podría ser sobre una persona que desea correr un maratón. Para hacerlo desde tiempo previo deberá de inscribirse, luego aceptará comportarse de una forma y deberá llevar una ruta trazada, misma que seguirá si desea ser un digno contendiente para ganar el premio. Qué ocurriría si un corredor pasa por alto todo lo relativo a la inscripción, no se inscribe y deja de lado las reglas a seguir para competir en dicho maratón y resulta que rebasa a todos los contendientes llega en primer lugar y además se permite establecer un récord. Las interrogantes serían: ¿Se le entregará el premio? ¿Se tomará en cuenta el récord que impuso? ¿Se le entregará un diploma como participante aun cuando haya pasado por alto las reglas que aceptaron los demás? La respuesta es clara, no se puede tomar como ganador, no se toma su récord y además no se le puede extender un documento que lo reconozca como participante si acaso quedará en el desván de la anécdota.

Existe el principio de suficiencia de que si no se atuvo a las reglas no debe ser reconocido como tal, así funciona también la cuestión relativa a la argumentación. El aspecto intelectual es importante para este autor en su forma de conceptualizar el argumento, ya que él atribuye un valor a la adhesión del interlocutor, a su consentimiento, a su concurso mental. Esta condición intelectual se

³⁸ *Ibidem*

refiere entonces a una clasificación de los que participaran en la contienda. Citado por Aristóteles, Perelman dice que no hay que discutir con todo el mundo:

*[...] no hay que discutir con todo el mundo, ni hay que ejercitarse frente a un individuo cualquiera. Pues, frente a algunos, los argumentos se tornan necesariamente viciados: en efecto, contra el que intenta por todos los medios parecer que evita el encuentro, es justo intentar por todos los medios probar algo por razonamiento, pero no es elegante.*³⁹

Esa calidad que se tiene hace que se clasifique como auditorio, es la que permite que no a cualquiera se le brinde el derecho de argumentar, en las cuestiones jurídicas está bien establecida que el auditorio al menos para la Europa continental será el juez, para la Europa insular o países del *common law* el auditorio lo sea el jurado, Perelman define al auditorio como el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación.⁴⁰ Ahora el discurso que se prepara desde la vertiente del que expone los argumentos va dirigido a un auditorio que conoce de lo que se está hablando, esto es que reúne a determinada personalidad o personalidades para exponerlos, recurre a un lenguaje, pero no a cualquier lenguaje, se trata de un lenguaje estructurado que es entendido sólo por los iniciados en la materia que se vaya a hablar. Sería muy complejo recurrir a una argumentación entre eruditos de alguna materia, en específico jurídica, sin antes conocer el lenguaje utilizado. Los conceptos competencia, legalidad, personalidad, actor, demandado son utilizados por los que saben y conocen de leyes. De la misma forma un mecánico, un contador, un ingeniero entre otros utilizaran su propio lenguaje.

Entre el orador y el auditorio necesariamente existe ese nexo intelectual que es la especialización. Esta especialización hace que se sepa de lo que hablamos cuando nos dirigimos a un auditorio. Es definitivo que se prepara a un auditorio para que se resuelva un problema, pero solamente valdrán las reglamentaciones que para el efecto se hayan acordado, para el caso de los litigantes esa será la ley, lo que disponga ésta será lo que pueda hacerse valer. Cuál será la finalidad obtener un

³⁹ *Idem.* p. 52.

⁴⁰ *Idem.* p. 55.

resultado positivo para cualquiera de las partes y esté se obtendrá de un juzgador que de acuerdo a la legislación está preparado para ello. Aquí comienza a darse la distinción entre la argumentación general y la argumentación constitucional. Por el momento solamente hablaremos de la primera que se encuentra relacionada más con lo que escribe Perelman. El producto final de una argumentación es la resolución que clausure una controversia. Y para esto se construye el discurso para llegar al punto de la persuasión y para Perelman del convencimiento. Una de las situaciones que difiero con Perelman es el relativo a que al igual que Cicerón, considera que la retórica sirva para cualquier tema o tópico, de acuerdo a lo que él dice es que la nueva retórica se impone a todos los auditorios, o al menos a los auditorios compuestos por hombres competentes y razonables.⁴¹

Tenemos una indefinición grande al respecto al no saber que entender por competentes y razonables. Perelman explica lo que se considera convencer y lo que significa persuadir. Para la cuestión jurídica existe una diferencia entre lo qué es juzgar y lo qué es convencer. La situación relativa al convencimiento pues diremos que se trata de un tema en donde la parte que dice algo al respecto de un contenido es que tiene convicción sobre una cosa. La convicción se presenta de muchas formas y con el que sujeto se sienta conforme a su decisión lo demás no importa. Por ejemplo: Si decido comprar un modelo de vehículo es que los catálogos, información, fotografías, comentarios hicieron que prefiriera sobre uno y se tiene la firme convicción de que la decisión es la correcta. En cambio, la persuasión en una *litis* recurre más a situaciones que se encuentran contempladas en la ley que pueden causar en el que juzga una causa que falle porque se encuentra convencido y persuadido de algo, pero a veces puede darse el caso de que el sujeto en cuestión al momento de decidir se encuentre sin convencerse, pero el cúmulo de pruebas harán que alguien se encuentre persuadido y por ello decidir de una forma. La diferenciación comentada es determinada de esa forma:

⁴¹ *Idem.* p. 66.

“Nosotros, proponemos llamar persuasiva a la argumentación que sólo pretende servir a un auditorio particular, y nominar convincente a la que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón”⁴².

La que nos interesa es la persuasiva, ya que va referida a un auditorio particular que en este caso será un juez o conjunto de jueces. Acaso decimos que se trata de un punto que para el que está convencido a veces es por una subjetividad y el que está persuadido lo es porque ha tomado una decisión objetiva. Por ejemplo: En el país de *Funland* se establece en la Constitución que las comunicaciones obtenidas de manera ilegal por una persona no tendrán validez en un juicio, las leyes que reglamentan de mejor manera lo dicho por la Constitución explican las condiciones en que esos medios de prueba se dejarán inválidos. Pues resulta que el ciudadano Pánfilo compra una casa a una persona de nombre Gastón. Este último recibe el dinero y nunca entrega el bien materia de la compraventa. Al intentar que se cumpla lo pactado ante las negativas y pocas pruebas que tiene para probar esa compraventa Pánfilo decide grabar de manera subrepticia las conversaciones telefónicas con Gastón y él.

En las conversaciones de una manera cínica Gastón se regodea de haber embaucado a Pánfilo y se mofa haciendo alusiones a diversos animales comparándolos con el comprador de la casa. En el juicio esa prueba es ofrecida, el juez escucha y al empezar el demandado a defenderse esgrime que las grabaciones son ilegales. Todo el juicio se soporta en esa prueba inmediata, es la única y es evidente que es la voz, pero como contradijo un precepto legal la probanza es desechada y no es tomada en cuenta el juez determina que lo pedido por Pánfilo es improcedente. El juzgador en el fondo sabe que fue timado Pánfilo y está convencido de ello, pero la ausencia de pruebas lo persuade de que no es así. Tiempo después que se resolvió este caso, el juez decide comprar una casa y busca en el periódico las ofertas, llama a una empresa de bienes raíces porque le parece atractiva la oferta anunciada una vez que escucha las condiciones se convence del producto y

⁴² *Idem.* p. 67.

exterioriza el propósito de adquirir un bien, cuando tiene la entrevista con el dueño de la empresa se da cuenta que es Gastón y decide no comprar la casa en ese último momento. El juez actúo así porque tiene la convicción de que tal vez sea el próximo timado. No tiene razones jurídicas para afirmarlo, pero si razones personales para actuar de esa forma. En la obra de la “*Nueva Retórica*” se realiza una categorización de los auditorios que son el *universal* que es el dirigido a todos los hombres adultos y normales, el segundo formado desde el punto de vista del diálogo, por el único *interlocutor* al que nos dirigimos y el último integrado por el *propio sujeto*⁴³, cuando delibera sobre o evoca las razones de sus actos⁴⁴. Para la cuestión jurídica considero que no funciona lo que él llama el auditorio universal, aunque éste para el caso de una controversia será de un solo individuo que decidirá sobre la cuestión planteada. Aunque puede presentarse un riesgo cuando los auditorios no son homogéneos, pero esa homogeneidad de la que habla Perelman se trata de una cuestión bastante subjetiva, además en las cuestiones jurídicas la tasación de las pruebas no supone ninguna problemática en cuanto a lo homogéneo. Vale decir que lo jurídico se dirige siempre a un público especializado Sartre expone:

“(Hemos dicho que, en principio, el escritor se dirigía a todos los hombres. Pero, inmediatamente después, hemos observado que tenía muy pocos lectores. De la diferencia que existe entre el público ideal y el público real nace la idea de universalidad abstracta, es decir, el autor postula la repetición perpetua, en un futuro indefinido, del puñado de lectores de los que dispone en el presente [...])

El recurso a la infinidad del tiempo intenta compensar el fracaso en el espacio (retorno infinito del hombre honrado, por parte del autor del siglo XVII, extensión al infinito del club de los escritores y del público de especialistas por parte del autor del siglo XIX) [...]

En cambio, por la universalidad concreta, hay que entender la totalidad de los hombres que viven en una sociedad determinada)”⁴⁵

Lo que se buscará en todo caso será la universalidad abstracta, y esa se dará entre los actores del proceso. La razón es porque no puede existir una universalidad concreta ya que siempre que se decida un caso habrá alguien a

⁴³ Las letras en cursiva vienen tal cual del original.

⁴⁴ *Idem.* p. 70.

⁴⁵ *Idem.* p. 77.

disgusto con el fin del problema. Y aunque se le intente persuadir no habrá poder alguno que le permita cambiar la opinión. Lo que es un hecho es que la finalidad de la argumentación finalmente será cambiar un estado de cosas a veces sin realizar acción alguna, si no solamente con la pronunciación de palabras que suenan simples pero que para los juristas adquieren una relevancia seria, cuando un hombre contrae matrimonio y le preguntan que si acepta por esposa a su amada y contesta: “sí, acepto” su mundo ha cambiado dramáticamente y no se ha transformado para nada el mundo físico que lo rodea, esa es la argumentación una vez resuelto el problema legal el mundo cambia a veces de manera dramática para los involucrados.

1.9. Stephen Toulmin.

Primeramente, se menciona que los ingleses han tenido un escepticismo en cuanto a la lógica, la razón se debe a que su sistema realista basado en lo que dicen los jueces es derecho sea una buena razón para ellos para no considerar que el derecho debe ser visto desde el prisma de la lógica, *i. e.* se trata de un sistema costumbrista. Lo anterior no significa que se desdeñe a la lógica si no simplemente deja de tener la preeminencia intelectual que tiene en la Europa continental y en gran parte de América Latina. Pues la excepción no lo es Toulmin filósofo del derecho, su teoría se basa en realizar un profundo deslinde entre lo que él llama argumentación y lo que es la lógica. En la forma de solucionar una determinada situación se recurre al silogismo que se nos muestra como la premisa mayor, la menor y la conclusión dan respuesta a un problema jurídico, a esto le llamamos lógica deductiva. Desde la mirada del autor inglés la lógica se trata más de situaciones que acontecen en la comunidad y como van solucionando los diferentes hechos que les ocurren es lo que conocemos con el sentido común para la Europa insular es el realismo.

En las primeras páginas de la obra “Uses of argument” empieza la escaramuza contra la lógica:

“From this point of view the implicit model for logic becomes not an explanatory science but a technology, and a textbook of logic becomes as it were a craft manual. “If you want be a rational, here are the recipes to follow.”⁴⁶

La forma de argumentar que él propone se encuentra relacionada entre lo que dice el lenguaje y lo que acontece en el mundo práctico de una determinada sociedad. Posiblemente toma en cuenta la asección realizada por David Hume en su obra Tratado de la Naturaleza Humana:

“El único fin de la lógica es explicar los principios y operaciones de nuestra facultad de razonamiento, y la naturaleza de nuestras ideas”⁴⁷

Esto significa que la estructura de la lógica sirve de modelo para crear, pero sin experiencia no tiene validez material termina diciendo Hume:

“La única fundamentación sólida que podemos dar a esta ciencia misma debe basarse en la experiencia y en la observación.”⁴⁸

Al referirse al lenguaje y la lógica de los sucesos entonces la jurisprudencia ocupa un lugar preponderante, esto es lo que dicen los jueces.

“Logic (we may say) is generalised jurisprudence. Arguments can be compared with the law-suits, and the claim we make and argue for in extra-legal contexts with claims made in courts, while the cases we present in making good each kind of claim can be compared with each other. A main task of jurisprudence is to characterise the essentials of the legal process: the procedures by which claims-at-law are put forward, disputed and determined, and the categories in terms of which this is done. Our own inquiry is a parallel one: we shall aim, in a similar way, to characterise what may be called “the rational process”, the procedures and categories by using which claims-in-general can be argued for and settled.”⁴⁹

Aparece que lo racional es lo que de acuerdo a los argumentos se proporcione y sea suficiente para tomar una decisión, lo anterior se realiza todos los días al resolver disputas en distintos contextos, no es privativo del lugar en donde se dictan las sentencias, la *quididad* aquí será el proceso racional para acceder a esa decisión.

“A sound argument, a well-grounded or firmly-backed claim, is one which will stand up to criticism, one for which a case can be presented coming up to standard

⁴⁶ TOULMIN, Stephen. *The uses of Argument (updated version)*, New York- Estados Unidos, Cambridge University Press, 2003, p. 7.

⁴⁷ HUME, David. *Tratado de la Naturaleza Humana (Edición electrónica)*, Francia, FV Éditions, 2014, pos. 11.

⁴⁸ *Idem.* p. 12.

⁴⁹ TOULMIN Stephen. *op. cit.* p. 7.

*required if it is to deserve a favourable verdict. How many legal terms find a natural extension here! One may even be tempted to say that our extra-legal claims have to be justified, not before Her Majesty's Judge, but before the Court of Reason.*⁵⁰

La razón que nos lleva a que a la lógica no merezca darle crédito en la argumentación obedece a la forma en que ésta se despliega, por ello es poco posible que se entienda su función sobre todo cuando entra en contacto con la realidad humana, cuanto acontece la modalización en que incurre la lógica no permite entonces el proceso racional.

*"The statements of our assertions, and the statements of the fact adduced in their support, are, as philosophers would say, of many different "logical types"*⁵¹.

Esto expresa que existen varios tipos de lógica que se encuentran en las diversas actividades que desarrollemos y para cada una de ellas habrá un tipo de argumentación. La argumentación pues se decide desde una perspectiva racional que es delimitada por el acontecer, por los hechos. Por ello puede dar lugar a diversos argumentos lo que acontece en el mundo.

*"The step from reports of recent tennis- playing form to a predicted selection (or to the statement that a particular player deserves to be selected) is one thing, the step from evidence about clues in a murder case to the guilt of the accused party another, that from the technical features of the pictures painted by an artist to the merits we accord him is a third, that from laboratory records and armchair calculations to the adequacy of a particular scientific theory yet another, and so one might go on. The justificatory arguments we produce may be many different kinds, and the questions at once arises, how far they called all be assessed by the same procedure, in the same sort of terms and by appeal to the same sort of standards.*⁵²

Una vez puesta la conceptualización de la argumentación de Toulmin, la pregunta será y en donde busco los argumentos o mejor dicho ¿cuáles son las fases para desarrollar un argumento?

La forma para llegar a un argumento pasa por las cuestiones de que lo que vaya a esgrimirse en el discurso sea producir un argumento que se encuentre soportado.

⁵⁰ *Idem.* p. 8.

⁵¹ *Idem.* p. 13.

⁵² *Idem.* p. 14.

“In this essay, at any rate, our concern is not with the getting of conclusion but with their subsequent establishment by the production of a supporting argument; and our immediate task is to characterise the stages into which a justificatory argument naturally falls, in order to see how far these stages can be found alike in the case of arguments taken from different fields”⁵³

La conclusión a la que se arriba es que hay varios campos en la construcción de los argumentos y que para ellos se usan los términos modales: posible, necesario y algunos otros que con lo planteado en los argumentos nos otorgan una respuesta satisfactoria. A lo mejor vale una distinción que hace una diferencia en la lengua inglesa con la española, esto consiste en que los términos modales que usan en sus oraciones cambian de manera dramática el sentido de ésta, *may, might, shall, could, can, ought, must, should, would* se deriva de ellos posibilidad, necesidad, contingencia, imperatividad para el caso del español no tenemos el uso de los modales al menos de esa forma y concluimos utilizando la palabra debe, puede, tener que o podría, lo anterior no demuestra en el español las posibilidades. En el uso del inglés los modales antes descritos realzan en el lenguaje y depende del uso que se le dé en la oración. En el libro de Manuel Atienza “*Las Razones del Derecho*” al entrar al estudio de la argumentación de Toulmin, maneja el significado de los términos modales desde la perspectiva de la posibilidad y necesidad, pero de manera estándar, igualitaria y utiliza el adverbio “presumiblemente”, esto abre el campo de acción a lo posible o necesario según sea el caso que nos sea planteado.

Hay argumentos que permiten que un problema sea resuelto sin mayores viscidudes con una o dos respuestas, el derecho pertenece a este campo, pero hay saberes en los que los discursos son tan amplios que permiten muchas respuestas, la estética, el arte, la pintura.

La construcción de un argumento es una secuencia para Toulmin, ya que se trata de una cuestión práctica y permite inferir conclusiones a partir de ciertas premisas. Realizaremos una división ya que de acuerdo a la obra en comento,

⁵³ *Idem.* p. 17.

Toulmin parte de que existen dos argumentos: los analíticos y los substanciales. El razonamiento formal es el usado por los matemáticos y hombres de las ciencias exactas. El argumento substancial es el práctico, no se mide en criterios de corrección o validez, sino en la relevancia o irrelevancia que nos otorgue el asunto en particular.

“The division of arguments into analytics and substantial is, therefore, entirely distinct from into conclusive (necessary) and the tentative (probable) arguments. Analytic arguments can be conclusive or tentative, and conclusive ones analytic or substantial. At once, one terminological precaution becomes urgent: we must renounce the common habit of using the adverb “necessarily” interchangeably with the adverb “deductively”- where this is used to mean “analytically”. For the where the substantial argument leads to an unequivocal conclusion, we are entitled to use the form “D, so necessarily C”, despite the fact that the relation between data, backing and conclusion is not analytic; and where an analytic argument leads to a tentative conclusion, we cannot strictly say any longer that the conclusion follows “necessarily”- only, that it follows analytically.”⁵⁴

El argumento se construye con evidencias (*grounds, data*) y existe una aserción por parte de los contendientes (*cause*). La trascendencia de la evidencia a la aserción o pretensión (*claim*) es la mayor prueba de que la línea argumental se ha realizado con efectividad. La garantía (*warrant*) permite la conexión. Posteriormente vendrá el respaldo (*backing*), el cualificador modal (*modal qualifier*) y la reserva (*rebuttal*). Realizaremos un ejemplo práctico en una jurisprudencia emitida por un tribunal federal en México e identificaremos la secuencia en la construcción del argumento.

CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA. CUANDO ES RECONOCIDO EN LA SENTENCIA DICTADA EN UN JUICIO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA, ADQUIERE FECHA CIERTA DESDE EL MOMENTO EN QUE SE CELEBRÓ EL CONVENIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Si bien para que un documento en que conste un contrato privado de compraventa sea suficiente para acreditar la existencia del acto jurídico es necesario que cuente con fecha cierta, y que ello sólo acontece cuando se realiza alguno de los siguientes actos: 1. Se inscriba en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio; 2. Se celebre o ratifique ante fedatario público; 3. Se presente ante funcionario en razón de su oficio; y, 4. Muera cualquiera de los firmantes; tratándose de un contrato privado de compraventa validado mediante sentencia definitiva emitida en un juicio de otorgamiento de escritura pública, éste adquiere fecha cierta desde el momento de realización de dicho convenio; lo anterior, porque como los efectos de la sentencia dictada en un juicio de esa naturaleza se retrotraen en el tiempo, ya que con la emisión de la resolución correspondiente se reconoce la certeza del contrato

⁵⁴ *Idem.* p. 130.

de compraventa celebrado entre las partes, desde la fecha en que aquélla aconteció; ello en términos del artículo 164, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla, el cual prevé que tratándose de sentencia emitida en acciones declarativas, los efectos se remontan al tiempo en que se produjo el estado de hecho o de derecho; entonces, el fallo que reconoció la propiedad del bien inmueble en favor de la parte actora y, además, condenó a la parte demandada a otorgar y firmar la escritura de compraventa, apercibiéndola incluso que, de no hacerlo, la firmaría en rebeldía el Juez, es claro que ese reconocimiento da certeza del acto jurídico existente desde la fecha en que se celebró la transacción, al validarse precisamente con la resolución definitiva correspondiente.⁵⁵

Un comprador pide se cumpla un contrato de compraventa, esa sería la pretensión (claim). El respaldo (backing) de la pretensión se encuentra establecido en los numerales de la legislación del estado de Puebla en específico el artículo 164 fracción III del Código de Procedimientos Civiles y la aserción que realiza el tribunal sobre la fecha cierta y que son las condiciones siguientes: 1. Se inscriba en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio; 2. Se celebre o ratifique ante fedatario público; 3. Se presente ante funcionario en razón de su oficio; y, 4. Muera cualquiera de los firmantes; tratándose de un contrato privado de compraventa validado mediante sentencia definitiva emitida en un juicio de otorgamiento de escritura pública, éste adquiere fecha cierta desde el momento de realización de dicho convenio. La garantía sería en qué situaciones materiales puede hacerse valer una acción como el cumplimiento de un contrato de compraventa. Las razones (grounds) son aquellas que tiene el pretendiente (claimer) para que se le reconozca ese derecho y pueden ser variadas y éstas se encuentran relacionadas con los documentos que ofrezca para probar sus razones. Luego vendrá el cualificador modal (Q) para el caso de que se cumplan las condiciones entonces “deberá” de reconocer la pretensión, ser procedente y será necesario reconocer ese derecho del actor (claim). Por último podrá refutarse que si no se cumplen con algunos de los requisitos antes mencionados entonces la pretensión no puede cumplirse. Lo que concluimos del modelo de Toulimin es que logra modificar la cuestión de la lógica de basarse solamente en la deducción y de la retórica en la creación de los argumentos

⁵⁵ Tesis VI.2°. C. J./13, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, noviembre de 2013, p. 848.

ya que no se trata de persuadir, se trata de justificar los argumentos. Esto es importante ya que permite remover de la argumentación jurídica la retórica y trae como consecuencia que tenga la etiqueta de “argumentación jurídica” ya que desde el momento en que se justifican las premisas de un argumento gana el mejor, si alguien falla en contra de un argumento bien justificado vendrá la injusticia.

1.10. Neil MacCormick.

Este autor inglés nacido en Glasgow Inglaterra, filósofo del derecho, elaboro una teoría que integra las concepciones de la argumentación desde la posturas del razonamiento legal y de la teoría legal que muchas veces parecen que se encuentran divorciadas ya que no hay relación aparentemente entre lo que se teoriza y lo que se práctica. En el caso de MacCormick analiza cómo los abogados razonan a partir de la resolución de los casos. Es menester recalcar nuevamente que la Europa insular tiene una forma distinta de *approach* sobre ciertos tópicos del derecho, uno de ellos es la argumentación. Como buen abogado inglés toma como base de su estudio ya no como algo fundamental, pero si como una reminiscencia necesaria a David Hume, la razón es que requerimos analizar la experiencia de otros para entonces estar en posición de crear las ideas abstractas de lo que se hace. Al respecto menciona:

“In the ensuing chapters of this book, I shall follow the point which is common to both Hume and Reid in assuming that any mode of evaluative argument must involve, depend on, or presuppose, some ultimate premises which are not themselves provable, demonstrable, or confirmable in terms of further or ulterior reason. In that sense, our ultimate normative premises are not reasoned, not the product of a chain of logical reasoning.”⁵⁶

Nuevamente se evalúa que la experiencia privará sobre algunos casos que pueden ser objeto no de una lógica, pero si de las cuestiones empíricas y que resolverán una determinada contradicción jurídica. Lo de menos es dictar resoluciones, si tengo el poder y la investidura para realizar esa actividad pues hago sentencias, pero el *quid* de la cuestión aquí será cómo realizar esas sentencias.

⁵⁶ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*, Oxford- Inglaterra, Oxford university press, 1978, p. 5.

"It is in effect a programmatic declaration of the opinion to be advanced in this book, with reference to one particular sphere of practical activity: the making and justifying of decision law"⁵⁷

En su obra determina el objetivo de su teoría diciendo que el fin principal es el análisis de la actividad práctica de hacer y justificar las decisiones de los tribunales y realza:

"The subject matter of my inquiry is the process of reasoning which revealed to us in published decision of Court of Law".⁵⁸

Es elemental mencionar que la forma de análisis de una resolución no será a través de abstracciones filosóficas de corte formal, de acuerdo a MacCormick será a través del análisis de los precedentes judiciales dictados por diversos juzgados, en específicos ingleses y escoceses. Se justifica diciendo que es porque le son razonablemente familiares por ser de la familia del *common law*. En su obra el autor rememora de manera eulogística a Perelman señala que los argumentos en un contexto práctico son para persuadir ya que:

"They are aimed at a particular audience with a view to persuading that audience to do something."⁵⁹

Realiza en su comparación un corte teórico al decir que las decisiones no se elaboran desde el punto de vista de la persuasión sino desde la justificación.

"Underlying the practical aim of persuasion there is, it appears to me, a function of justification, at least ostensible justification."⁶⁰

Valora la lógica, pero solamente desde el punto de vista referencial y no práctico, su explicación es que en el mundo material no se rigen las cosas por la lógica, sino por lo que nos acontece en la vida, ese devenir material horma nuestras decisiones, del mismo modo sucede con las cuestiones jurídicas.

"Acts are not determined by logic, they are determined by the choices of agents, and by whatever, if anything, determines those choices."⁶¹

⁵⁷ *Idem.* p. 6.

⁵⁸ *Idem.* p. 8.

⁵⁹ *Idem.* p. 13.

⁶⁰ *Idem.* p. 14.

⁶¹ *Idem.* p. 33.

El caso citado en su obra trata sobre el señor Daniel que acude a un *pub* de los señores Tarbard y compra una botella de limonada y un tarro de cerveza, cuando regresa a su casa consume la limonada junto con su esposa, la bebida contenía ácido carbónico, por esa razón se enferma su esposa y él, decide demandar bajo la premisa de que no hubo el suficiente cuidado por parte del fabricante y del vendedor y piden el pago de los daños, los costos del tratamiento y los ingresos que dejó de percibir mientras estuvo enfermo. En la decisión tomada, el fabricante fue absuelto de la responsabilidad y el vendedor fue considerado responsable y obligado a pagar las prestaciones. La resolución castiga al vendedor cuando éste jamás manipulo la bebida, lo único que realizó fue almacenarla. La decisión puede parecer injusta sobre todo si tomamos en cuenta que el vendedor nunca realizó ninguna acción directa sobre la bebida. Esto nos lleva a analizar que, al fin derecho inglés, el juez para fallar utilizó un precedente que le pareció analógico y lo aplicó de tal suerte que condenó al vendedor. La siguiente operación puede ser determinada de la siguiente forma:

'X did A' (fact)

'All who do A are guilty of B' (rule)

'Verdict: X is guilty of B' (decision)

Del constructo se desprende que la aplicación del derecho al menos desde el punto de vista jurídico está bien tomada, pero es necesario no dejarlo sólo en manos de la lógica sino de lo que acontece materialmente.

"Anglo-American law as developed by judges has been concerned at least as much with securing decision which seem to make practical good sense as with showing their derivations from general principles of law whose observation secures a broad consistency and coherence within that law."⁶²

El tomar en cuenta el sentido común y además los principios son lo que producen en la resolución consistencia y coherencia acorde con la ley. Pero muchas

⁶² *Idem.* p. 40.

veces en la forma de probar los hechos se encuentra la racionalidad del resultado *i. e.* que acorde a lo dispuesto por los procedimientos procesales entonces se tomará la decisión que es lo que llama el autor la elección de los agentes, pueda ser en el caso que estamos hablando que una de las partes no pudo comprobar la responsabilidad del fabricante, sin embargo, si probó que los vendedores fueron contra la cláusula de la calidad comercializable (*merchantable quality*). Aquí surge una cuestión interesante que será toral en nuestra hipótesis y es que cuando existe una cuestión de leyes comunes el derecho se argumenta en menor medida ya que siempre existirá una legislación acorde al caso y que generalmente será del constructo:

$S \Rightarrow P$

En el ejemplo que toma MacCormick se trata de una valoración que se desprende de un precedente y que fue tomado en cuenta para decretar que no hubo por parte de los vendedores la calidad comercializable de los productos. El precedente que se toma para la resolución es el *Morelli v. Fitch & Gibbons* ([1928] 2 K. B. 636) Lo antes enunciado nos lleva a que la resolución tiene que encontrarse siempre justificada y eso no puede realizarse sólo con la lógica, sino que se basa en las cuestiones del sentido común y de la experiencia. Caso diferente es cuando se argumenta alguna situación relativa a la “Constitución” ahí el constructo no tiene una consecuencia entonces no opera el constructo $S \Rightarrow P$, ni tampoco se trata de cuestiones de la experiencia, no tenemos antecedente alguno. Lo que realiza Maccormick es que comienza a crear los límites de la justificación deductiva. Esos límites se determinan con el requisito de la universalidad y que esa universalidad a su vez tenga una relación directa con el sistema de normas. La universalidad se refiere al contenido de la ley o del precedente a aplicar, obvio vendrá el hecho acontecido y la conclusión será la solución y clausura del problema jurídico. Obvio la decisión se encontrará marcada por las pruebas ofrecidas.

Tomemos un caso imaginario en donde una mujer llamada Herre pide que sea reconocida la hija que tuvo quien responde al nombre de Hache y que el señor Norrotundo se negó hacerlo. La probanza en el caso que nos ocupa será la

consistente en la pericial del DNA para comprobar si los alelos son los mismos de los padres y nos permiten concluir que el señor Norrotundo es el padre de Hache. La señora Herre no tuvo el dinero para pagar los costos de la prueba pericial. De ahí en fuera no existía otra probanza que permita probar que el señor Norrotundo es padre de Hache. En el Código Civil existe disposición que otorga el derecho a pedir la filiación paternal, el hecho se dio, pero nunca se probó la conclusión por ende será improcedente la acción y aunque sean muy parecidos físicamente la niña Hache y el señor Norrotundo no tendrán vínculo familiar alguno.

Esto significa que la resolución para que pueda ser justificada tiene obligadamente tener consistencia y coherencia. La consistencia será que habrá determinadas normas que disponen algo, esto junto con los hechos debe de tener una cierta regularidad y no se contrarían.

“What it seems to come down to- and the further examples confirm this- is that laws must be conceived of as having rational objectives concerned with securing social goods or averting social evils in a manner consistent with justice between individuals; and the pursuit of these values should exhibit a sort of rational consistency, in that the consequences of a particular decision should be consonant with the purposes ascribed to related principles of law”⁶³

Ahora bien, las decisiones también tienen que revestirse del elemento de la coherencia, entendida ésta desde un punto lógico esto es aplicando solamente los principios lógicos aristotélicos que se relaciona con lo acontecido en el mundo, lo factual.

“But rules can be consistent without the system being coherent as a means of social ordering, if ‘order’ involves organization in relation to intelligible and mutually compatibles values. To the extent however that the rules are, or are treated as being, instances of more general principles the system acquires a degree of coherence. When problems of relevancy or of interpretation or of classification arise within the system, that requirement of coherence is satisfied only to the extent that novel rulings given can be brought within that ambit of the existing body of general legal principle.”⁶⁴

⁶³ *Idem.* p. 149.

⁶⁴ *Idem.* p. 107.

1.11. Robert Alexy.

Este autor alemán en un primer plano hace una diferenciación entre lo que es la ciencia del derecho entendida como el análisis y la teoría de la jurisprudencia y la jurisprudencia (entendida en América latina como la ciencia jurídica conocida como dogmática jurídica). La principal razón es que se deslinda o aparta de Hans Kelsen referencia obligada de los autores que escriben en alemán y sombra fuerte al momento de elaborar teorías que no tomen de referencia el prisma de la teoría pura del derecho. La anterior aseveración amplía el horizonte de discusión de los tópicos de la argumentación al permitir elementos que no entrarían en la teoría pura del derecho. De ahí se crea el discurso de la argumentación en general y la argumentación puesta desde la perspectiva jurídica. La principal diferencia entre lo aseverado entre la argumentación general y jurídica es lo que se llama vinculatoriedad que determina el derecho vigente.⁶⁵ La otra diferencia que enmarca la argumentación jurídica con la general es la relativa a que en la general como el nombre dispone entran todas las figuras que el agente disponga y del tema que argumente. Para el caso de la argumentación jurídica está se circunscribe a lo que se pretenda por las partes, esta segmentación hace que la cuestión prueba-procedimiento adquiera relevancia al momento de emitir el insumo jurídico que decide la controversia. Las resoluciones se justifican ya que en la mayoría de los catálogos de las Constituciones de los países se determinan que las decisiones se fundamentan y motivan (justificación *in genere*). En el discurso lo que aparece cuando se problematiza siempre es la tesis del caso especial, entendiendo éste como un juicio en donde la decisión que se tome será en ese momento original al no tener un antecedente. La causa determinará el curso de acción a seguir, no buscando la verdad si no lo mejor para los intereses de las partes, por eso se habla de acciones estratégicas. Por ello Alexy hace la división de la argumentación *in genere* y la jurídica, precisamente por los casos especiales. Los rasgos

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima- Perú, Palestra, 2010, p. 294.

fundamentales que se presentan en la argumentación jurídica es que se justifican interna y externamente las decisiones. La justificación interna se refiere a la forma en que se utiliza el silogismo para solucionar un problema, se utiliza la forma de la premisa mayor para salvar el requisito de la universalidad, obvio que se contrasta con el hecho acontecido, que es la premisa fáctica y la conclusión será la solución al problema planteado, lo que Kriele citado por Alexy refiere que es “hallazgo y comprobación de hipótesis de normas⁶⁶” interviene el contexto de descubrimiento y de justificación. Esto es que una vez que se nos presenta un caso a resolver, contamos con la respuesta (contexto de descubrimiento) y cuando buscamos la justificación a la respuesta tenemos que justificarla, siempre en el contexto de la legislación, no puede apartarse de la legislación ordinaria y esta dará racionalidad tanto a las premisas usadas así como al resultado.

La justificación externa presupone un paso más elaborado en la cuestión de decisión. El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas. En esta justificación externa es donde Alexy nos aparta de la argumentación jurídica y nos lleva al campo de la argumentación en general. Por ello él acude a las siguientes premisas:

Reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados empíricos, ni reglas de derecho positivo. La fundamentación de una regla en tanto regla de derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico.

“En la fundamentación de premisas empíricas 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”. En la exposición que sigue se resaltarán la fundamentación de las premisas que no son ni reglas de Derecho positivo, ni enunciados empíricos. Cuando lo que sigue se hable <justificación externa> hay por ello que referirlo a la justificación de estas premisas.”⁶⁷

⁶⁶ *Idem.* p. 317.

⁶⁷ *Idem.* pp. 318-319.

En cuanto a lo aquí expresado sobre la forma de argumentar presenta un problema en cuanto a resolver racionalmente. Pero ¿qué entendemos por racionalidad? En la dogmática jurídica cuando es utilizada le da al sistema estabilidad y control, esto debido al principio de universalidad.⁶⁸ El problema de la racionalidad hace crisis cuando el asunto a resolver se encuentra vinculado con situaciones que no tienen precedente y que admiten la argumentación general ya que al no existir jurisprudencia alguna se está creando nuevo derecho aparentemente. Quién no tiene precedente alguno favorable es quién tiene la carga de argumentar. Esto será analizado con más detalle en los capítulos tres y cuatro de la obra. Pero ¿cómo se racionaliza un argumento? independiente de utilizar el contexto de descubrimiento y de justificación. La racionalización en Alexy es tomada de lo que Habermas dispone de la tesis del consenso. Lo que realiza Alexy es la reinterpretación de la tesis de Habermas, pero puesta en el ámbito jurídico y de ahí la riqueza de su teoría. De qué manera realizo una argumentación que pueda llevar el predicado de “racional”.

En la estructuración de la racionalidad una de las situaciones a analizar es la relativa al lenguaje, pero no la forma en que el lenguaje accede a nosotros, no como lo aprendemos, ni tampoco entender que desde que tenemos lenguaje nombramos todo lo que existe. La forma en que se accede a esta parte del lenguaje es en lo relativo a lo que entendemos cuando se expone una problema jurídico. Los bandos en una controversia saben de lo que se está juzgando y conocen el significado de los hechos, de los actos y de las pruebas, esto significa que su proceso de interacción comunicativa es de conceptos y significados comunes, pero de pretensiones distintas, lo que llamamos cursos de acción estratégica. Atienza cita a Habermas:

“Sólo puedo [...] atribuir un predicado a un objeto si también cualquiera que pudiera entrar en discusión conmigo atribuyese el mismo predicado al mismo objeto; para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, me refiero al juicio de los otros y, por cierto, al juicio de todos aquellos con los que pudiera iniciar una discusión (incluyendo contrafácticamente a todos los oponentes que pudiere

⁶⁸ *Idem.* p. 374.

*encontrar si mi vida fuere coextensiva con la historia del mundo humano). La condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de todos los demás.*⁶⁹

Lo anterior representa que los significados se toman de las prácticas que atañen a esa comunidad en una determinada época y de acuerdo a lo que se comunique se tomará el cariz de lo que es válido o inválido en el grupo social refiere Enrico Zoffoli sobre la filosofía de Habermas:

*“La razón comunicativa necesita presupuestos de naturaleza lingüística. Es precisamente mediante el esclarecimiento de las raíces lingüísticas de la acción comunicativa que Habermas define la diada Faktizität/Geltung, a través de la cual es posible seguir con continuidad el trayecto con el que Habermas aplica el modelo de la acción orientada al entendimiento a los ámbitos del derecho, de la moral, de la política, y, más en general, de la historia de la filosofía moderna.”*⁷⁰

Lo anterior significa que cuando se presenta una nueva situación fáctica la única forma de resolverla es a través de la comunicación y esta lo que nos dará es la validez de ese acto a través de un determinado fallo que resuelva el problema jurídico. Esto presupone el entendimiento a través del lenguaje para alcanzar un consenso para resolver los cursos de acción a escoger. De qué manera tomaremos en cuenta la racionalidad, Alexy realiza una división de la problemática y estructura que la forma en que se trabaja cuando se argumenta es a través de la subsunción y de la ponderación. La primera de ellas se refiere a lo que conocemos como ley y que nos proporciona la universalidad. En este caso no existe problema alguno ya que se trabaja desde un punto de vista tautológico, entendiendo por tautología “la repetición de un mismo pensamiento expresado de distintas maneras”⁷¹. Cuando las situaciones no son conocidas o no se encuentran bien establecidas en la legislación ordinaria es cuando se recurre a la ponderación, es necesario aclarar que siempre el derecho ha ponderado sus resoluciones, lo importante en el aspecto de la argumentación es que esa ponderación resuelva los problemas de estructura, racionalidad y de legitimidad.⁷²

⁶⁹ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003, p. 150.

⁷⁰ ZOFFOLI, Enrico, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, ITAM, abril 2010, número 32, p. 72.

⁷¹ VEGA, Luis y Paula OLMOS. *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid-España, Trotta, 2011, p. 582.

⁷² ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 457.

Lo relativo a la subsunción se encuentra siempre relacionado con normas, en la Europa continental emplea el término “regla”, que finalmente prescribirá algo. Esta regla como disposición jurídica dispondrá que el cumplimiento sea absoluto. Se debe de realizar lo que ordena, es obligatorio hacerlo. En cambio, cuando no hay reglas se entra en el campo de ponderación, se aplican los principios. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización y permiten que su cumplimiento se realice en varios grados y la medida del cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.⁷³ Lo anterior permite resolver los casos “difíciles” que se presentan en el derecho y que nos otorgan al sistema jurídico la legitimidad de la decisión en la política, otorgan estabilidad a la sociedad al establecer estándares de vida que permiten planear las decisiones importantes de los individuos.

⁷³ *Idem.* pp. 458-459.

CAPÍTULO II

EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL EN LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Una constitución no existe más que cuando la puede meter uno en su bolsillo
Thomas Paine

2. 1. La función del paradigma.

Uno de los principios fundamentales de la Constitución es que el Poder Judicial conoce de todas las controversias que puedan plantearse en la aplicación del derecho, la Constitución es, por definición regla de competencia y, por tanto, no puede ser contrariada sin que el acto sea *ultra vires* y la única garantía de los derechos humanos la constituyen el control judicial de los actos legislativo y de la administración⁷⁴. Cuando el juzgador decide una controversia y lo hace sobre la base de que es acorde o contrario a la Constitución, empleó un paradigma, existe éste en la teoría constitucional y fue creado en el siglo XVIII, aún y cuando el tiempo ha transcurrido sigue operando, pero ¿a qué llamamos paradigmas? Los paradigmas tomando la definición que hace Kuhn decimos que son:

“Realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica”⁷⁵

En la ciencia los paradigmas tienen la función de atender y resolver los problemas de un modo determinado. El paradigma que se elige es aquel que resuelve un problema y para el caso de la investigación siempre tomaremos los paradigmas más recientes, ya que éstos han tirado otros paradigmas. Qué hace que cambiemos o modifiquemos un paradigma, Kuhn establece:

⁷⁴ TAMAYO y Salmorán, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*, 4ª ed., D. F.- México, Fontamara, 2006, p. 239.

⁷⁵ KUHN, Thomas. *Las revoluciones científicas*, D. F.-México, FCE, 1971, p. 13.

“Para ser aceptada como paradigma, una teoría debe parecer mejor que sus competidoras; pero no necesita explicar y, en efecto, nunca lo hace, todos los hechos que puedan confrontar con ella.”⁷⁶

Cuando se genera conocimiento sobre un determinado objeto de estudio, desarrollamos teoría y metodología, se hace ciencia, la ciencia dice Kuhn es:

“Significa investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior.”⁷⁷

Para la creación de un paradigma se requiere de un objeto de estudio, quizá un paradigma funcione bien para una teoría y para otra sea deficiente, precisamente por el objeto que se estudia, si se busca que funcione con otro objeto entonces estará errado el resultado. Un objeto de estudio implica delimitar un campo de análisis, en el caso de la Constitución tenemos que buscarlo, extraerlo y apartarlo de las cuestiones emocionales o ideológicas. Como expresaba el jurista italiano Norberto Bobbio el derecho se estudia como teoría, metodología o ideología⁷⁸. Para el caso actual conviene el desapego de ideología y vale más irnos por la cuestión teórica. Lo anterior para no desarrollar prejuicios sobre nuestra actividad intelectual.

Se realizará en éste capítulo una aproximación de la Constitución, pasando por un recorrido de cómo surgió al menos normativamente ésta y las etapas hasta conocer un producto en el que el conjunto de predicados nos arroja la constitución. Cuando éramos estudiantes universitarios y la materia derecho constitucional nos era impartida, se nos definía que era una Constitución y se repetía como un mantra. Al paso de los años seguimos preguntándonos ¿cuáles son las notas distintivas que hacen que el ordenamiento máximo de una comunidad se llame Constitución? El paradigma constitucional existe en la teoría, pero tiene efectos materiales en donde aparece, es un estado de cosas con consistencia propia y es real, por eso se habla de la teoría constitucional Karl Popper expone:

⁷⁶ KUHN, Thomas. *Op. Cit.*, p. 44.

⁷⁷ *Idem.* p. 33.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo*, 12ªed, D.F. -México, Fontamara, 2012, p. 44.

“Acepto la tesis de que sólo debemos llamar «real» a un estado de cosas si (y solo si) el enunciado que lo describe es verdadero. Pero sería un grave error concluir de esto que la incerteza de una teoría, es decir, su carácter hipotético o conjetural, disminuye de algún modo su aspiración implícita a describir algo real. En segundo lugar, si es falso, entonces contradice a un estado de cosas real. Además, si ponemos a prueba nuestra conjetura y logramos refutarla, vemos muy claramente que había una realidad, algo con lo cual podía entrar en conflicto. Nuestras refutaciones, por ende, nos indican los puntos en los que hemos tocado la realidad, por decir así.”⁷⁹

Sobre ese estado de cosas se expone que al menos una cuarta parte de la humanidad vive en democracias constitucionales, los veinticinco países que poseen el mayor Producto Interno Bruto (PIB) en el mundo de acuerdo al ranking elaborado por el Programa para el Desarrollo Humano de Naciones Unidas son democracias constitucionales. Los países con esa relación entre Producto Interno Bruto y desarrollo humano elaborado por las Naciones Unidas se encuentran en Europa Occidental, Norteamérica, Asia Oriental y Oceanía. Ningún país de África, de Centroamérica y de Sudamérica aparece en la lista mencionada⁸⁰. La relación entre las Constituciones, el ingreso y el desarrollo humano aparentemente va ligado o al menos esa interpretación puede darse de los datos antes mencionados. Existen países que no son democráticos y que su Producto Interno Bruto (PIB) es muy alto pero que no califican para el desarrollo humano para sus habitantes. Al menos se concluye que hasta que tengamos una respuesta contundente que contravenga lo aseverado, las Constituciones son un instrumento que son parte de esos logros, esta institución jurídica vaya acompañada de otros ingredientes, pero es un hecho que se trata de un ordenamiento que contribuye al desarrollo de un país.

En el primer capítulo exploramos lo relativo a qué es lo que se dice en la argumentación, tanto en la general como en la jurídica. Ahora bien para que una argumentación jurídica pueda darse en situaciones óptimas deben de reunir un mínimo de condiciones ya que de lo contrario lo que tendremos serán

⁷⁹ POPPER, Karl. *Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires- Argentina, Paidós, 1983, p. 152.

⁸⁰ MORESO, Juan José. *La Constitución modelo para armar*, Madrid-España, Marcial Pons, 2009, p. 22.

demostraciones de supuestos argumentos. Para ello es necesario afirmar que para que la argumentación jurídica y por ende la constitucional pueda desarrollarse por los contendientes es necesario que se desenvuelvan en un sistema jurídico. Cuando se utiliza la palabra derecho, generalmente lo hacemos desde una perspectiva que se le llama conjunto de normas, pero ese conjunto no puede estar yuxtapuesto, ese conjunto tiene que encontrarse dentro de un sistema. Pero cuáles son las notas distintivas que debe de reunir un sistema para que no solamente pueda coexistir la argumentación jurídica, sino también la argumentación constitucional. Intentaremos dar la respuesta llevando los diversos tipos de órdenes jurídicos que han existido, desde que se conoce un mandato, posteriormente cuando tenemos un enunciado jurídico y éste se conjunta con otros, nace la ley-norma y una vez que se crean conjuntos de normas y se imbrican tenemos un sistema, bien pues en la cúspide de ese sistema se encuentra precisamente la Constitución.

2. 2. Los mandatos.

En la civilización primaria el derecho pudo desarrollarse por la precariedad en que se vivía, comienza a surgir el concepto de orden, entendido como la instauración por medio de la fuerza de ciertos mandatos que deben de ser obedecidos en razón y por la preeminencia del grupo social, esto se realizaba de manera agresiva la mayoría de las veces. Cada pueblo tiene sus características específicas y diferencias propias, pero dentro de toda esa singularidad se establecen nociones comunes, de ahí devienen los conceptos fundamentales jurídicos. En una etapa inicial el derecho trabaja a través de mandatos: *“Every law or rule [...] is a command.”*⁸¹ Siempre que existe un poder superior material que dicta una determinada forma de comportarse y en el caso de pasar por alto, ese poder tiene el *imperium* de hacer obedecer infligiendo un daño o un mal al que lo pasó por alto. Luego de demostrar ese poder los súbditos aprenden a hacer

⁸¹ ALEXY, Robert. *El concepto de validez del derecho*. 2ªed, Barcelona-España, Gedisa, 2004, p. 24.

de esa obediencia un hábito. Ese soberano puede definirse como aquel que es habitualmente obedecido:

“If a determinate human superior, not in a habit of obedience to a like superior, received habitual obedience from the bulk of a given society, that determinate superior is sovereign in that society [....]”⁸²

A manera de ejemplo planteamos lo acontecido en la Grecia antigua con respecto al dilema de Mitilene⁸³ en donde se somete al pueblo del mismo nombre por haberse rebelado a un terrible castigo, la pena consistía en que todo el pueblo debería de ser ejecutado, muerto por los soldados. En una primera instancia esa fue la pena a aplicar, tomada por parte del vencedor, después se pensó que era excesiva y se modificó ésta, se envió una nave para que diera las nuevas noticias logrando alcanzar a la nave que primero había zarpado con la resolución inicial y evitar el terrible castigo impuesto, la forma en que se tomaron los argumentos para modificar la pena no son relativos a un sistema jurídico, sino la decisión es del que ganó la batalla, no entran en la ecuación situaciones atingentes a si es posible que los contrarios tengan razón sobre los hechos que los llevaron a sublevarse, de la misma forma la condena a muerte, si se modifica, la impresión es que se lleva a cabo “porque pueden o porque quieren” citando a Montesquieu:

“En Persia, el que ha sido condenado por el rey no puede pedir gracia; ni hablar se le permite. Si el rey estaba ebrio o estaba loco al pronunciar la sentencia, lo mismo se ejecuta al sentenciado; sin esto, se contradiría; y la ley no puede contradecirse”⁸⁴

Aquí el jurista se equivoca al hablar de la ley, considero que se debe de decir que el mandato no puede contradecirse, es único y quién argumenta es el que dicta el mandato: *¡porque lo establezco yo!* sería un buen argumento. En vida de Alejandro Magno escrita por Plutarco se narra la historia de una mujer que comete un homicidio y aun así es liberada por el conquistador de Egipto, el párrafo se explica por si solo:

“En medio de los muchos y terribles males que afligieron a aquella desgraciada ciudad, algunos tracios quebrantaron la casa de Timoclea, mujer principal y de

⁸² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 22.

⁸³ SCHMILL, Ulises. *Lógica y derecho*. 2ªed, D. F.-México, Fontamara, 1997, p. 107.

⁸⁴ MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. 17ª ed., D. F.- México, Porrúa. 2007, p. 27.

*admirable conducta; y mientras los demás saqueaban los bienes, el comandante, después de haber insultado y hecho violencia al ama, le preguntó si había ocultado plata u oro en alguna parte. Confesóle que sí, y llevándole solo al huerto, le mostró el pozo, diciendo que, al tomarse la ciudad, había arrojado allí lo más precioso de su caudal. Acercóse el tracio, y cuando se puso a reconocer el pozo, habiéndosele aquélla puesto detrás, lo arrojó; y echándole encima muchas piedras, acabó con él. Llevándola los tracios atada ante Alejandro; y desde luego que se presentó apareció una persona respetable y animosa, pues seguía a los que la conducían sin dar la menor muestra de temor o sobresalto. Después, preguntándole el rey quién era, respondió ser hermana de Teágenes, el que había peleado contra Filipo por la libertad de los griegos y había muerto de general en la batalla de Queronea. Admirado, pues, Alejandro de su respuesta y de lo que había ejecutado, la dejó en libertad a ella y a sus hijos.*⁸⁵

Lo anteriormente transcrito nos da cuenta del mandato del soberano, la respuesta es sencilla de entender, al faltar el sistema normativo se dejan en manos de un solo hombre la resolución del problema. La mujer que privó de la vida al tracio de manera temeraria equivalía a la muerte, de acuerdo a las experiencias de la época atacar a un soldado por parte de un conquistado era suicida, sin embargo, al rey le pareció admirable la conducta, al no existir reglas para dilucidar la forma en que se evitó el castigo la mujer entonces no podemos hablar más que lo que diga el rey.

2.3. La autoridad.

Uno de las formas más complejas en cuanto a su origen es la referente a la creación del concepto autoridad, de qué depende o cuáles son las causas para que un grupo social acepte de una manera más o menos consciente que otro determine lo que acontece en su presente y en algunos casos su futuro. Como camino simple diremos que la autoridad en sus inicios se encuentra respaldada por los hechos, la actividad factual determina que un sujeto sea obedecido por un sinnúmero de situaciones, lo anterior pueda parecer de alguna manera lógico. Generalmente cuando estamos en presencia de este tipo de autoridad lo que tenemos es la

⁸⁵ PLUTARCO. *Vida de Alejandro*, D. F.-México, FCE, 1996, pp 27-28.

justificación de las órdenes. En la Biblia en el libro del “Éxodo” a Moisés se le ordena que cumpla un cometido y se le dice:

“Si aconteciere que no te creyeren ni obedecieren a la voz de la primera señal, creerán a la voz de la postrera. Y si aún no creyeren a estas dos señales, ni oyeren tu voz, tomarás de las aguas del río y las derramarás en tierra; y se cambiarán aquellas aguas del río y se harán sangre en la tierra. Entonces Moisés a Jehová: ¡Ay, Señor! Nunca he sido hombre de fácil palabra, ni antes, ni desde que tú hablas a tu siervo; porque soy tardo en el habla y torpe de lengua”⁸⁶

En el párrafo reproducido nos percatamos que muchas veces quién tiene la autoridad no la quiere y hay ocasiones que quién busca la autoridad nadie le obedece, ¿qué es lo que hace que se obedezca a alguien? La autoridad es una cuestión que tiene un origen práctico. Vislumbramos que ese concepto implica siempre una relación binaria, la bilateralidad nace de quién es autoridad y de quién es “no autoridad”. La diferencia que se tiene con el concepto mandato y el concepto de autoridad es que el mandato no toma en cuenta la voluntad del individuo a quien se dirige. Con la irrupción del sentido de pertenencia y por ende de la riqueza el primer derecho reconocido fue la propiedad por consecuencia si no se encuentra estatuida una autoridad perfectamente investida no se le puede llamar propiedad, la anterior aseveración es basal en cuanto a quién defenderá ese derecho si no hay autoridad, la propiedad se centra en un reconocimiento de leyes determinado para darle al propietario todas las garantías para que pueda hacer valer ese derecho de propiedad sobre los bienes. Se establece:

“Tenemos, pues, que la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes; esa salvaguarda es muy incompleta en el estado de Naturaleza.”⁸⁷

La autoridad toma en cuenta la autonomía de la persona a quien dirige su pretensión de hacer o no hacer. Lo anterior es trascendente toda vez que la autoridad ya puede ser vista como una institución normativa, que primero nace de

⁸⁶ BIBLIA CASIODORO DE REINA, 2012, Éxodo, versículos 4.8, 4.9 y 4.10. p. 1366.

⁸⁷ LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*, 6ª. Ed., México, Gernika, 2005, p. 118.

manera política y posteriormente toma un cariz jurídico. El inglés John Locke al respecto sostiene:

“Entiendo, pues, por poder político el derecho de hacer leyes que estén sancionadas con la pena capital, y, en consecuencia, de las sancionadas con penas menos graves, para la reglamentación y protección de la propiedad; y el de emplear las fuerzas del Estado para imponer la ejecución de tales leyes, y para defender a este de todo atropello extranjero; y todo ello únicamente con miras al bien público.”⁸⁸

Pero qué entendemos por autonomía del individuo, en primer lugar, toda pretensión de autoridad toma en cuenta la decisión del sujeto pasivo, lo que se traduce en que finalmente ese sujeto pasivo sabe que si no realiza lo que la autoridad le ha mandado, entonces se hará acreedor a una sanción.

“No podrá existir, pues, promesas mutuas, cuando no existe seguridad de cumplimiento por ninguna de las dos partes, como ocurre en el caso de que no exista un poder civil erigido sobre quienes prometen; semejantes no pueden considerarse como pactos. Ahora bien cuando, una de las partes ha cumplido ya su promesa, o cuando existe un poder que le obligue al cumplimiento, la cuestión se reduce, entonces a determinar si es o no contra la razón; es decir, contra el beneficio que la otra parte obtiene de cumplir o dejar de cumplir.”⁸⁹

La autonomía del individuo o del gobernado se encuentra pues en la voluntad de hacer o no hacer lo que la autoridad le prescribe.

“En consecuencia, quien quebranta su pacto y declara, a la vez, que puede hacer tal cosa con razón, no puede ser tolerado en ninguna sociedad que una a los hombres para la paz y la defensa, a no ser por el error de quienes lo admiten y ni, habiendo sido admitido, puede continuarse admitiéndole, cuando se advierte el peligro del error.”⁹⁰

El problema del soberano cuando realiza mandatos, es que si éste se excede y abusa en cualquier momento podrá ser sujeto de una rebelión en contra y dejará de ser el soberano, cuando sucede el personaje en cuestión paga con su vida. De la manera menos drástica y civilizada puede terminar así:

“En efecto, todo poder delegado con una misión determinada y una finalidad, encuéntrase limitado por ésta limitado por ésta; si los detentadores de ese poder

⁸⁸ LOCKE, John. *Op. Cit.* p. 9.

⁸⁹ HOBBS, Thomas. *El Leviathan Tomo I*, 6ª ed., D. F.-México, Gernika, 2007, pp. 150-151.

⁹⁰ *Ibidem.*

*se apartan de ella abiertamente o no se muestran solícitos en conseguirla, será forzoso que se ponga término a esa misión que se les confió.*⁹¹

Aunque las primeras autoridades no se encontraban satisfechas con darle autonomía a sus súbditos, los gobernantes se dieron cuenta que, si no se tomaba el parecer de éstos, la consecuencia sería una constante lucha entre los gobernados o los súbditos y el poder, por lo que se les dio capacidad de autonomía y esto trajo como consecuencia un resultado llamado legitimidad.

*“De las personas artificiales, algunas tienen sus palabras y acciones apropiadas por quienes las representan. Entonces, la persona, es el actor, y quien es dueño de sus palabras y acciones es el autor. En este caso, el actor actúa por autoridad. Porque lo que con referencia a bienes y posesiones se llama dueño y en latín dominus. Y así el derecho de posesión se llama dominio, el derecho de realizar una acción se llama AUTORIDAD.”*⁹²

La legitimidad siempre viene acompañada de un beneplácito por parte de los súbditos, a los cuales se les permite un mínimo de condición de vida, en algunas ocasiones hasta comodidades. Cuando se dan tiempos difíciles como guerras, epidemias, desastres naturales las mejores decisiones del gobernante impactarán de manera definitiva en la voluntad de los gobernados si estos creen y piensan que han sido beneficiados por el gobernante mayor será la legitimidad. Muchas veces el que manda lo hace porque tiene una autoridad de *facto* y la mayoría de la población a la que manda evita ponerse en riesgo, no busca derrotar ese poder estatuido, existe una autoridad, pero ésta es de hecho, no es una autoridad jurídica.

*“Una multitud de hombres se convierte en una persona cuando está representada por un hombre o una persona, de tal modo que ésta pueda actuar con el consentimiento de cada uno de los que integran esta multitud en particular. Es, en efecto, la unidad del representante, no la unidad de los representados lo que hace la persona una y es el representante quien sustenta a la persona, pero una sola persona; y la unidad no puede comprenderse de otro modo en la multitud.”*⁹³

La legitimidad provoca para los sujetos que obedecen un resultado de largos tiempos de paz y solamente cuando son modificados de manera abrupta los patrones

⁹¹ LOCKE, John. *Op. cit.* p. 139

⁹² *Idem.* p. 167.

⁹³ HOBBS, Thomas. *Op. cit.* p. 170.

de regularidad, es cuando puede romperse ese equilibrio que provoca la autoridad legítima, lo anterior no significa que cuando existe legitimidad haya un buen estado de derecho, tal vez no haya un mejor estado de derecho, pero es soportable, habrá buenos o malos gobiernos legítimos. En el estudio del derecho si partimos de una base positivista lo hacemos desde la postura que importará sólo el análisis de la autoridad a partir de que ésta es impuesta no antes, considero que en el estudio de la argumentación general y constitucional es necesario acudir a los orígenes de la autoridad, ya que de la misma forma en que se elige una autoridad legítima, se toma una Constitución, acaso será esta el andamiaje por excelencia de la legitimidad. La autoridad en cuanto a su implementación enmarca el punto entre el gobernante y la ley, la autoridad es la que hace que se dé el gozne y que funcione, muchas veces puede existir el gobernante, pero no ser obedecido por infinidad de razones, otras ocasiones puede existir la ley pero no tener un gobernante legítimo.

2.4 Las leyes.

Uno de los inconvenientes que se tiene con los mandatos es que éstos se supeditan a una sola persona y con el tiempo se convierten en excesos que exacerbaban la paciencia de los que habitualmente obedecen, para muestra la frase del rey francés Luis XIV “*el estado soy yo*”, esto genera una incertidumbre ya que no hay sistema o en última instancia el sistema son los titulares de ese poder, eso rompe el tejido político de la sociedad. Siempre habrá alguien que querrá ser el que sea obedecido a través de mandatos y cada vez que surge una autoridad se tiene que ajustar todo el precario conjunto de normas que existe. Como en un principio éstas son caprichosas no existe una certidumbre de lo que puede acontecer en el trayecto en que se toman las decisiones. Por ello se crea de manera visionaria, aunque no completa el término de soberanía - ley.

“A su vez, la súplica del rey Salomón a Dios era ésta: Da a tu siervo inteligencia para juzgar a tu pueblo, y para discernir entre lo bueno y malo. Corresponde, por tanto, y para discernir entre lo bueno y lo malo. Corresponde, por tanto, al

*soberano ser juez, y prescribir las reglas para discernir el bien y el mal: estas reglas son leyes, y, por consiguiente, en él radica el poder legislativo.*⁹⁴

Este arcaico concepto de soberanía tiene como finalidad primordial la creación de una fuerza material empeñada en construir y garantizar la supremacía de ese ente político y unicidad en la esfera jurídica. En dicho concepto la parte interior se preocupaba por eliminar cualquier rasgo de antagonismo para que el ente político fuera viable y en la parte exterior había una tendencia a no dejar pasar ningún resquicio que pudiera significar una amenaza a esa incipiente formación política. El poder legítimo no admite competidores de ninguna índole, lo anterior tiene una lógica basada en que si esa autoridad legítima permite concurrencia al menos en ese estadio de otro poder nunca existiría como institución política de un todo, para entonces ser parte de un sistema que carecería de soberanía, en la época del siglo XVIII al poner en duda la existencia de la soberanía se pone en riesgo la naciente estatalidad. La soberanía del poder público presupone una idea de incomensurabilidad entre el Estado naciente frente a cualesquiera otros sujetos que puedan atacar la premisa de la sobrevivencia de éste. Frente al Estado soberano lo único que queda son las relaciones de sujeción. El Estado se presenta frente a los otros como castillos impenetrables imposibles de expugnar y lo que suceda dentro de esas murallas no incumbe a los otros. Se crea una reglamentación en cuanto a la lucha abierta a veces, soterrada las más entre los Estados soberanos que permite la existencia de cosoberanías mediante la creación de legislaciones que impliquen la igualdad de éstos y entonces se desarrolla una legislación horizontal. Sobre la soberanía ha sido construido el derecho público estatal y en el siglo XIX conoció el apogeo y la culminación de la idea de la fuerza del Estado. La soberanía expresa al Estado como un sujeto unitario abstracto y capaz de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos.

⁹⁴ HOBBS, Thomas. *Op. cit.* p. 212.

La vida del ente se encuentra regulada por el derecho, cuya tarea era similar a los diversos sistemas que integran un cuerpo viviente. La legislación se crea pensando en los grupos de poder, las élites, los sectores como la milicia, los campesinos se interpreta y se argumenta con base en lo más conveniente para ellos, el actuar así de la legislación lo que lleva es que, aunque el sistema funciona ya no existe esa primigenia intención de que el Estado como ente político se desmiembre. Esa etapa ha sido superada ya que los miembros de esa entidad política lo saben, el problema radica en específico que lo que busca ese poder es que exista consenso y legitimidad de sus acciones, por ello es que las decisiones trascendentes a la vida pública se trata buscando esa legitimidad. El poder del Estado es por definición un poder legítimo⁹⁵. La cuestión de la legitimidad puede ser valorada desde un esquema meramente jurídico, pero se debe aclarar que el concepto es de carácter político, aunque con resultados jurídicos.

“Tenemos, pues, que lo que inicia y realmente constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de un número cualquiera de hombres libres capaces de formar mayoría para unirse e integrarse dentro de semejante sociedad. Y eso, solamente eso, es lo que dio o podría dar principio a un gobierno legítimo.”⁹⁶

La primera causa de legitimidad en cuanto a los gobernados está relacionada con la libertad, con lo que pueden realizar y con lo que se encuentra prohibido. Un estado con infinidad de libertades dará lugar a un sistema político duradero, la inmanencia opera sobre la base que esos privilegios no quieren ser echados por la borda y se trabaja para que estos subsistan. Cuantas menos libertades existan mayor búsqueda de ellas habrá, intentarán por los medios que se tengan avanzar. La principal libertad será según Locke:

“Emplearían su libertad natural para elevar al gobierno a la persona que ellos juzgaban más hábil y con mayores probabilidades de gobernarlos bien”.⁹⁷

⁹⁵ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Introducción analítica al Estudio del Derecho*, D. F.-México, Themis, 2007, p. 231.

⁹⁶ LOCKE, John. *Op. cit.* p. 96.

⁹⁷ LOCKE, John. *Op. cit.* p. 101.

Estos son hechos sociales que pueden ser analizados por la lupa de la historia. El leviatán dice:

“Pero del mismo modo que los hombres, para alcanzar la paz y, con ella, la conservación de los mismos, han creado un hombre artificial que podemos llamar Estado, así tenemos también que han hecho cadenas artificiales, llamadas leyes civiles, que ellos mismos, por pactos mutuos han fijado fuertemente, en un extremo, a los labios de aquel hombre o asamblea a quién ellos han dado el poder soberano; y por el otro extremo, a sus propios oídos. Estos vínculos, débiles por su propia naturaleza, pueden, sin embargo, ser mantenidos, por el peligro aunque no por la dificultad de romperlos.”⁹⁸

Surge la legalidad de manera tal que las leyes, nos hablan de lo que puede hacer el poder soberano y lo que pueden hacer los gobernados dentro de su ámbito. La argumentación en este sentido tiende a buscar que las decisiones que atañen a los diversos valores de la sociedad se sometan a la potestad de los tribunales y que se haga caso de lo que ellos dictan. Dice Hobbes:

“Entiendo por leyes civiles aquellas que los hombres están obligados a observar porque son miembros no de este o aquel Estado en particular, sino de un Estado.”⁹⁹

Empieza a darse la simiente de la argumentación legal ya que existe un sistema primitivo que puede dar respuestas a los casos planteados y se siguen ciertas reglas, por eso empieza a llamarse derecho positivo, porque fue “puesto”. Carl Schmitt dispone sobre la obra de Hobbes:

“Hobbes aparece como el autor que sienta las bases del positivismo jurídico debido a aquel decisionismo que la fórmula de auctoritas y potestas afirma: es derecho lo que establece la ley o, al revés, la ley es derecho (afirmación, antes que obligación, negación. Ello implica la afirmación cabal del Estado de Derecho (Estado con todo el derecho): el soberano no tiene ningún obstáculo para crear, modificar o anular el derecho, es legalmente omnipotente, sólo está limitado por la “Gesetzlichkeit” (legalidad) misma, creada por él”¹⁰⁰

Para el caso de la argumentación es necesario que la actividad que se desarrollará se encuentre reglada, es decir que se tengan por parte de los actores de la argumentación una certeza sobre lo válido e inválido de las disposiciones. Para

⁹⁸ HOBBS, Thomas. *Op. cit.* p. 218.

⁹⁹ *Idem.* p. 270.

¹⁰⁰ SCHMITT, Carl. *El leviatán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes*, 2ª. Ed., D. F.-México, Fontamara, p. 23.

crear una argumentación sólida es necesario primero crear ese complejo de normas que permitan al que argumenta el límite de hasta dónde puede llegar y si sus argumentos atendibles, es más si con las reglas escritas le conviene argumentar o que tal margen sea tan estrecho que no exista ni el tomarse el asunto para provocar una defensa. Generalmente escuchamos sobre la legalidad, se habla de ella y en los juicios se esgrime a menudo como defensa. Cuando las leyes hacen su aparición tenemos al menos que el poder instituido y que manda tiene los elementos suficientes para gobernar y hacer que se cumplan las leyes, pero existe una discusión que se dio en aquellos tiempos del siglo XVII y XVIII hasta qué punto el soberano debe ser sometido a esas mismas leyes. Es dable que el poder legítimo no haga caso sobre las normatividades que dicta, esta discusión fue centro de los debates, primero porque en la cabeza del entramado se encontraba como soberanos de soberanos el papa. Se pensaba que los demás reyes tenían que pasar sobre las leyes entonces, a la larga se negaría su poder.

“El soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste, liberarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente, era libre desde antes. En efecto, es libre aquel que puede ser libre cuando quiera. Por otro lado, tampoco es posible para nadie estar obligado a sí mismo; porque quien puede ligar, puede liberar, y por tanto, quién está ligado a sí mismo solamente, no está ligado.”¹⁰¹

La motivación a lo anterior obedece a que quienes estaban en contra de que también la autoridad se sometiera a los dictados y no de manera caprichosa de hacerlo de manera expresa pagaba con la vida. La costumbre de hacer caso a los dictados del soberano es por la creencia que su poder deviene directamente de dios y hace que la institución permanezca incólume. El caso representativo sería el de Oliver Cromwell a quién se le llamó un dictador regicida. Pocos personajes después de muertos se les han iniciado un proceso de castigo póstumo y precisamente a manos de la monarquía que fue duramente atacada por este inglés. La respuesta será que cuando los gobernantes no se sujetan a las leyes, ni tampoco les rigen

¹⁰¹ HOBBS, Thomas. *Op. cit.* p. 272

ciertos principios vendrán los abusos por parte de éste. Por ello se debe de saber cuáles son los límites a ese poder, ya que de lo contrario habrá un uso y abuso de éste. La legalidad es la forma de paliar esta deformación de los soberanos, el que exista un coto a ese poder casi ilimitado hace que también se determine de manera clara lo que puede hacer o no hacer. Como mencionamos en líneas arriba, la cuestión atinente a si el soberano se sujeta a las leyes tiene un carácter religioso ya que así fue determinado por el papa, sus estamentos y concordatos. Pero en la cuestión terrenal de qué manera determinar que un rey se tiene que sujetar a las leyes dictadas sin llegar a crear una fricción tal que cause un cisma para con sus gobernados. Bien en ese tenor lo que se hizo fue que, si el derecho natural permite que el poder establecido no tome las determinaciones legales creadas, el contrapeso ese mismo derecho natural, la razón de los autores de esa época y que finalmente estableció un modo de actuar es que el hombre debe de querer el bien para con el prójimo.

La razón es que el soberano puede imponer el derecho, pero siempre y cuando no vaya en contra del derecho establecido por dios.

“La misión del soberano (sea un monarca o una asamblea) consiste en el fin para el cual fue investido con el soberano poder, que no es otro sino el de procurar la seguridad del pueblo; a ello está obligado por la ley de naturaleza, así como a rendir cuenta a Dios, autor de esta ley, y nadie sino a Él. Pero por seguridad no se entiende aquí una simple conservación de la vida, sino también todas las excelencias que el hombre puede adquirir para sí mismo por medio de una actividad legal, sin peligro ni daño para el Estado.”¹⁰²

De cualquier forma, dentro del mismo derecho natural se estableció tiene que ser justo y a qué se le llama justeza, ese es precisamente un ejercicio de argumentación, a qué se le llama justo y a qué se le denomina injusto. Está será una forma de establecer un coto para determinar cuándo un acto va más allá de los límites que tiene el monarca para establecer la ley. Esta forma de establecer el límite al poder, deja al rey, aunque con poder, ese poder ya no es el ilimitado. El primer

¹⁰² HOBBS, Thomas. *Op. cit.* p. 341.

derecho reconocido por el ente político soberano es la propiedad, al establecer ese límite intrínsecamente nace la igualdad, porque si bien se gobierna para el pueblo por parte del soberano lo debe de hacer dentro del derecho natural de amor al prójimo.

“La seguridad del pueblo requiere, además, de aquel o aquellos que tienen el poder de soberano, que la justicia sea administrada por igual a todos los sectores de la población; es decir, que lo mismo al rico y al poderoso a que las personas pobres y oscuras, pueda hacerseles justicia en las injurias que le sean inferidas; así como que el grande no pueda tener mayor esperanza de impunidad, cuando hace la violencia, deshonra u otra injuria a una clase más baja, que cuando uno de éstos hace lo mismo a uno de aquéllos.”¹⁰³

Decimos con suspicacia, que se establece una especie de reglamentación natural al poder ilimitado que tiene el soberano. Al menos se puede discutir dentro del circuito del derecho natural lo que puede ser derecho o lo que ha ido más allá de la ley. La función de saber lo que es ley natural recae entonces en el conocer de los textos que hablen sobre lo relativo a la justicia natural y no excederse.

“Sólo necesitamos, para un perfecto conocimiento de los deberes civiles, saber cuáles son esas leyes de Dios, porque sin esto, cuando a un individuo se le ordena una cosa por el poder civil no sabe si ello es contrario o no contrario a la ley de Dios; con lo cual o bien ofende a la Divina majestad por excederse en la obediencia civil, o por temor a ofender a Dios realiza una transgresión de los preceptos del Estado. Para evitar estos dos inconvenientes es necesario saber qué son las leyes divinas. Y teniendo en cuenta que el conocimiento de toda la ley depende del conocimiento del poder soberano, a continuación voy a referirme al REINO DE DIOS.”¹⁰⁴

De esta guisa existe el nacimiento de una argumentación que pretende marcar una legalidad entre las acciones del soberano y su identidad con las leyes divinas, obvio si no existe esa identidad y la contradicción es manifiesta no hay que hacer caso a ese derecho o al menos reprenderlo. Las disposiciones que existen en los diversos ordenamientos y su correcta aplicación es lo que llamamos legalidad y es la que nos determinará como un instructivo en donde podemos argumentar y la forma en que la podemos realizar. Si no existen procedimientos, normas, directrices a tomar en cuenta, incurrimos en ejercicios que no llevan a ningún lado y estaremos

¹⁰³ HOBBS, Thomas. *Op. cit.* p. 350.

¹⁰⁴ HOBBS, Thomas. *Op. cit.* p. 362.

en presencia de muchas cosas, menos la de argumentar. Esa legalidad entonces será la marca indeleble que se tomará en cuenta, en lo relativo a la argumentación. La regla señala de manera clara qué se hace y qué está prohibido, lo anterior nos deja un margen de acción que permite en todo caso las jugadas válidas, al saber de manera clara la forma de comportarnos en los tribunales nos despeja las dudas sobre qué podemos defender en un juicio y que no podemos, esa reglamentación es la legalidad y que en el caso de la legislación ordinaria se permite más el ejercicio de la interpretación y menos la argumentación.

2.5. El sistema jurídico.

Generalmente el jurista conoce que, por cada norma jurídica elaborada, ésta necesariamente se encuentra unida a un sistema. La característica que le proporciona el estatus de sistema se encuentra en que resuelve todos los problemas que se le presentan por complejos que estos parezcan. La forma en que se resuelven estos problemas es porque existe una autoridad que se encuentra institucionalizada y a partir de la preeminencia de las normas en la sociedad la solución de controversias se presente de manera tal que las resoluciones pueden ser cumplidas de manera voluntaria o de lo contrario intervendrá la institución y de manera coactiva hará que se obedezca lo dictado. Lo aseverado es fácilmente verificable en los distintos tipos de derecho, el alemán, el irlandés, el ruso, el griego, algunos son más estrictos, las penas en unos serán brutales, pero en todos se tiene la certeza de que ese sistema normativo se obedece o el infractor se atiene a las consecuencias. Ese criterio de obedecer una norma es el llamado criterio de identidad del sistema que casi siempre se trata de una cuestión de sujetos y de territorio. Los sujetos serán por la nacionalidad que tengan y el territorio sobre la disposición sobre de él de un estado. Por ello si se instaura que en un país determinado se pague un impuesto por cada televisión que se tenga no me generará problema alguno en mi esfera jurídica y será así en tanto que no soy ciudadano de ese estado, para los ciudadanos de ese estado que si tienen televisiones entonces

estarán en el supuesto en cuestión. De la misma forma los individuos que viajen a Gibraltar tendrán que hacer caso del derecho inglés aunque se encuentren más cerca de España que de Inglaterra y será porque los ingleses detentan la soberanía de ese territorio desde hace ya varios años. La existencia de la autoridad y la forma en que se constituye es sobre la base de que no ha sido anulado de las maneras que impone la misma legislación de ese sistema. La característica del sistema es la inmanencia, la perdurabilidad de los actos, resoluciones y normas creadas bajo esquemas dispuestos que proporciona certidumbre en la vida cotidiana de los integrantes del grupo social, a diferencia de los mandatos que dependen directamente del soberano o del grupo en el poder.

La perdurabilidad del sistema es palpable ya que pueden existir ejércitos de legislaciones creadas por sujetos que se encuentran muertos por el tiempo transcurrido y sin embargo siguen rigiendo sin importar el destino de sus creadores. La razonabilidad de los elementos que se adhieren a un sistema ya nacido del cual no se pide nuestro parecer, sino que solamente se nos enseñan las reglas del juego es por la eficacia que tiene éste. Digo lo anterior ya que si como ciudadano mexicano cuando cumplo la mayoría de edad es que tengo mis derechos y obligaciones plenos y pretendo cambiar el Estado Mexicano por no estar de acuerdo con sus políticas, tal vez sea tomado con hilaridad la forma en que pienso. Lo que acontece, es que el sistema cuando funciona trasciende en la cronología por la eficacia. La eficacia de un sistema puede ser definida como la forma en que las personas adquieren el hábito de hacer caso a ciertas determinaciones normativas. Que me enrole en el servicio militar y jure que en caso de un conflicto ofrendaré mi vida en nombre de la patria, pareciera una idea aceptable por muchos motivos.

A lo largo del tiempo han existido generaciones de personas que realizan su servicio militar sin hacer muchos aspavientos al respecto, pero llegado el caso de una conflagración bélica ¿cuántos estarían en la situación real de honrar ese

compromiso ciudadano? Pocos realmente llevarían hasta el fin el juramento ciudadano que se realiza.

2.6. Los actos sociales.

Los seres humanos nos relacionamos de manera natural y damos por hecho que buscamos siempre personas o grupos con características afines a sentimientos, creencias, aficiones, gustos *et sit cetera*. Estas relaciones existen como parte de la sociabilidad del individuo, la naturaleza humana es gregaria y el derecho finalmente lo que persigue es que se viva en un mínimo orden. Cuando un grupo social se encuentra homogeneizado y con un orden considerado legítimo, tenemos una regla de reconocimiento que nos hace actuar de una forma específica, ese actuar por diversas razones lo consideramos una razón que interviene en nuestra deliberación, *i. e.* se trata de una razón de primer orden ya que la norma es condición y consecuencia y, se convierte en una razón que interviene en nuestro actuar siempre y cuando acepte la regla de reconocimiento, al respecto Hart dice:

“Donde quiera que se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación.”¹⁰⁵

En su obra *“El Concepto de Derecho”*, Hart esgrime la llamada regla de reconocimiento que resulta fundamental en el diseño del orden jurídico, ya que de ahí derivan las otras reglas llamadas de cambio y de adjudicación. La regla de reconocimiento nace para paliar la falta de certeza en un orden jurídico ya que esta proporciona una marca o signo, forma aunque en forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico, esto es:

“Porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple, están unificadas. Además, en la operación simple de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a la que se atribuye autoridad, tenemos el germen de la idea de validez jurídica.”¹⁰⁶

¹⁰⁵ HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*, 2ª. Ed., Buenos Aires- Argentina, Abeledo- Perrot, 1963, p. 125.

¹⁰⁶ HART, H. L. A. *Op. cit.*, p. 118.

Teniendo ya está validez primitiva por consecuencia nacen las otras dos reglas, las de cambio que consiste en dotar a un individuo o persona a introducir nuevas reglas primarias para la conducción del grupo y a dejar sin efectos las reglas anteriores y las de adjudicación que será el dirimir conflictos, *i. e.* facultar a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. La regla de reconocimiento surge de un hecho meramente social que trae consigo el establecer un ordenamiento básico superior que moldeara el orden jurídico y que delineara la forma en que se darán las reglas de cambio y de adjudicación. El hecho social puede ser visto y analizado de manera evidente, el derecho es pues una cuestión social. Emile Durkheim al respecto sostiene:

“Es un hecho social toda manera de hacer, fija o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coacción exterior; o también, que es general dentro de la extensión de una sociedad dada a la vez que tiene existencia propia, independientemente de sus manifestaciones individuales.”¹⁰⁷

Quizá no tengamos una idea cómo se creó la norma fundante de Kelsen¹⁰⁸, pero si sabemos cuándo hicieron su aparición las primeras sociedades. La norma fundante se trata de un concepto, los vestigios de las sociedades son situaciones que pueden ser comprobadas por las construcciones, utensilios, ropa y demás vestigios que permiten suponer cómo era la sociedad de los romanos *verbi gratia*. Es definitivo que una vez que pasa por la regularidad social vendrá entonces la imposición de lo jurídico y lo que queda expresado como orden jurídico. La mayoría de las ocasiones serán prohibiciones o cuestiones negativas lo que se regula en primera instancia, como muestra, tenemos a los diez mandamientos, la mayoría son negativos, prescriben que no se puede hacer. Entonces la regla de reconocimiento es un hecho social de trascendencia ya que es la base del sistema jurídico del que hemos hablado. Al respecto Rodolfo Vázquez sostiene:

¹⁰⁷ DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico*. D. F. -México, Colofón, 2011, p. 17.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, 12ª ed., D. F.- México, Porrúa, 2002, p. 205

“la regla de reconocimiento es la enunciación de un hecho social efectivo consistente en la aceptación práctica del criterio supremo y de criterios subordinados como parámetros de identificación de las normas de dicho sistema.”¹⁰⁹

De ahí viene la clasificación de reglas primarias que imponen obligaciones sobre conductas las secundarias confieren potestades, autorizan a individuos o a grupos de personas a crear, modificar o extinguir normas, de aquí viene como reglas secundarias la regla de reconocimiento. La razón de reconocimiento que precede a la Constitución, es en principio simple, entre el grupo social que la adopta, que generalmente son una élite, pero posteriormente se convierte en una razón de reconocimiento compleja, le llamamos así, ya que implica una razón grupal de agentes, *i. e.* cuando esa mayoría de agentes en su deliberación psicológica- social consideran que el adoptar una nueva Constitución será benéfico e impactará de manera positiva en su vida individual y social, entonces tenemos una regla de reconocimiento compleja, el pueblo delibera y adopta esa Constitución a través de sus representantes y se deberá de probar con el tiempo. La idea de Hart es útil para explicar el nacimiento del sistema, ya que en efecto el derecho finalmente es una técnica social y antes de implantarse tuvo que existir una convivencia social más o menos perdurable que le diera sustancia e identidad a ese grupo.

La interacción social tiene como consecuencia un producto de la sociedad en ciernes. Hablar del origen de algo siempre es complejo, ya que si queremos llegar a la fuente de cualquier institución tendremos el problema de que tarde o temprano llegaremos a una cuestión metafísica.

2.7. El paradigma constitucional.

¹⁰⁹ VÁZQUEZ, Rodolfo. *Teoría del Derecho*, D. F.-México, Oxford, 2008. p. 164.

Inglaterra es el sistema por excelencia que expone que quienes dicen el derecho son los jueces, la monarquía de manera paulatina fue controlada y las leyes creadas por el soberano si atentaban contra un grupo, éste podía actuar frente a ella y a través de un *remedy* declararla nula o delimitar sus alcances. Este sistema ha utilizado los precedentes y ha funcionado por muchos años. Con la independencia de los Estados Unidos de América, en el país de nueva vida, no existe ya un soberano con el cual transar los asuntos públicos, tampoco existe una curia que disponga de lo que es el derecho. En América del Norte se crea una Constitución escrita que hace las veces de un gran pacto entre las colonias y se crean por parte de ellas una serie de disposiciones tanto para su gobierno interno, como para sus relaciones inter-colonias. Se crea un máximo tribunal federal que dirime las controversias que poco a poco se convierte en un gran poder. Como nación las disputas se presentaban todos los días porque cuando no existen estándares, todas las cuestiones son novedosas. En el régimen interior las colonias podían legislar en su territorio pero llegaría el tiempo en donde habría una colisión de soberanías estatales que pondrían en peligro la naciente democracia y por ende viabilidad del Estado en ciernes. En ese contexto nació el paradigma constitucional como lo conocemos ya que se resolvió que cualquier legislación que contrariaría el canon constitucional podría ser declarada sin efectos. El paradigma de que la Constitución es suprema tiende al hecho de que una vez sentadas las bases de esa superioridad ha continuado utilizándose por al menos dos siglos.

La historia proporciona los elementos de cómo se fraguó esta supremacía constitucional. El caso del que hablaremos será el de *Marbury versus Madison*. La historia comienza con el Presidente John Adams que había perdido las elecciones con Thomas Jefferson, la lucha política que se llevaba a cabo en las postrimerías del siglo XVIII tuvo sus efectos en los inicios del siglo XIX. John Adams en los días anteriores a la toma de posesión de Jefferson decide nombrar a varios jueces de justicia de paz que pertenecen a su partido y además hace jefe de la justicia a su secretario de gobierno Marshall quién era juez y parte en el diferendo planteado a la

Corte. Resulta que el nombramiento de los jueces antes comentados, conocidos como “los jueces de medianoche”, ya que la leyenda se alimenta que dichos nombramientos fueron firmados hasta entrada la noche de los días anteriores a la toma de posesión del nuevo ejecutivo federal y entregados a sus destinatarios, menos a cuatro funcionarios, entre ellos Madison. Una vez que tomó posesión el nuevo Presidente, Madison exige que le sea entregado el nombramiento de juez de paz que había sido firmado pero que nunca había recibido. Marbury ya siendo secretario de gobierno se niega a entregar el nombramiento de cuenta y entonces el afectado decide demandarlo en la Suprema Corte para que le sea ordenado a través de ella la entrega del nombramiento antes citado. En la resolución de mérito dispone:

“At the last term, on the affidavits then read and filed with the Clerk, a rule was granted in this case requiring the Secretary of State to show cause why a mandamus¹¹⁰ should not issue directing him to deliver William his commission as a justice of the peace for the country of Washington, in the District of Columbia”¹¹¹

El tema de si tenía derecho Madison a recibir el nombramiento a través de la Corte fue lo de menos, lo que se resolvió es si los jueces además del poder de juzgar y resolver los conflictos que se suscitarán entre las partes, tenían la facultad de nulificar las leyes expedidas por los representantes del pueblo y que el órgano colegiado tiene la exclusiva jurisdicción de interpretar la Constitución y esa interpretación declararla obligatoria para los demás órganos de gobierno quienes deben de obedecer dichas interpretaciones. De lo que se desprende del fallo histórico comienza citando que en Gran Bretaña aún el rey tiene que cumplir la resolución de un tribunal:

“In Great Britain, the King himself is sued in the respectful form of a petition, and he never fails to comply with the judgement of his court”¹¹²

Al emitir esta frase se le da a esa Corte la facultad de revisión de los actos de las autoridades y además lo hace a través de una figura llamada recursos que

¹¹⁰ Se refiere a un recurso extraordinario llamado writ of Mandamus que compele a una autoridad a que ejecute su obligación y no viole la ley por una omisión. Instituto de la Judicatura-Escuela Judicial. Poder Judicial Federal. Vocabulario judicial, México, 2014, p. 171.

¹¹¹ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Marbury vs Madison, 1803.

¹¹² SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Op. cit.* p. 139.

pueden ser instado por los ciudadanos, corporaciones, sindicatos, empresa etcétera.

Dice Marshall:

“It is a general and indisputable rule that where there is a legal right, there is also a legal remedy by suit or action at law whenever that right is invaded.”¹¹³

Con esta declaración se dispone que por encima de la Constitución no exista ningún poder y que sea a través de las instancias que el supremo órgano judicial resuelve si diversas leyes o actos violan el máximo ordenamiento. Las interpretaciones que se hagan por parte de la Suprema Corte son obligatorias y se aplican, esto hace de los Estados Unidos de América un gobierno de leyes.

“The Government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men.”¹¹⁴

El precedente instaurado en el juicio Marbury versus Madison establece que la Constitución misma inviste a la Suprema Corte de Justicia de ser la garante en cuanto a la interpretación de las leyes se refiere y dice:

“The Constitution vest the whole judicial power of the United States in one Supreme Courts, and such inferior courts as Congress shall, from time to time, ordain and establish. This power is expressly extended to all case arising under the laws of the United States; and consequently, in some form, may be exercised over the present case, because the right claimed is given by a law of the United States”¹¹⁵.

Finalmente, la Constitución es un pacto del pueblo, que se delega en diversos poderes con la finalidad de prevalecer como sociedad.

“That the people have an original right to establish for their future government such principles as, in their opinion, shall most conduce to their happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it nor ought it to be frequently repeated. The principles, therefore, so established are deemed fundamental. And as the authority form which they proceed, is supreme, and can seldom act, they are designed to be a permanent.”¹¹⁶

Por último, establece la razonabilidad de por qué la Constitución está escrita en un documento.

¹¹³ *Idem.* p. 142

¹¹⁴ *Idem.* p. 147.

¹¹⁵ *Idem.* p. 294.

¹¹⁶ *Idem.* p. 336

“The powers of the Legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the Constitution is written”¹¹⁷.

Como consecuencia del fallo, que se aclara no fue el único, pero el más trascendente, logró el nacimiento del paradigma constitucional que hasta el día se sigue aplicando en los diversos países que cuentan con una Constitución. Consiste en que cualquier acto, ley de autoridad tiene que ser dictado acorde a la Constitución. Se aclara que se ha extraído lo más importante de la resolución del caso *Marbury versus Madison* sin entrar al fondo del asunto, ya que para muchos se trató más bien de una explicación política para lograr un cometido y que se resolvió de una manera que para muchos resultó inexplicable. No se entró al estudio de dicha situación sino las consecuencias que tuvo el fallo a partir de que se dictó y la trascendencia que tuvo en los países que adoptaron el sistema constitucionalista y en esencia es la supremacía constitucional. Pero quién dicte los precedentes se encuentra íntimamente relacionado con las cuestiones sociales de la llamada regla de reconocimiento y sobre esa base se dictarán los precedentes que regirán para los demás tribunales.

Un ejemplo de cómo funciona la regla de reconocimiento compleja, basta observar el preámbulo de dicha Constitución de los Estados Unidos de América que reza: *“We the people of the United States, in order to form a more perfect Union”¹¹⁸*, la oración se encuentra redactada en plural y alude “a nosotros el pueblo de Estados Unidos”, cómo se observa se cumple la regla de reconocimiento ya que decidieron en forma expresa el proveerse una Constitución que rigiera su destino, se votó y posteriormente se ratificó por cada estado miembro. Siempre se ha analizado a los precedentes dictados por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América desde el punto de vista jurídico y se ha dejado de lado que se trata también de un poder político que impacta con sus decisiones al Estado. Es remarcable señalar esto toda vez que se ha sobredimensionado la actividad de la Corte

¹¹⁷ *Idem.* p. 342.

¹¹⁸ CONSTITUTION FOR THE UNITED STATES. <http://www.constitution.org/cons/constitu.htm>. 21 de abril 2009.

Americana en algunos aspectos. Es una realidad que siempre ha tomado decisiones que han respondido a intereses sociales o económicos de grupos que detentan poder y lo hacen valer. La esclavitud fue uno de los temas tratados por el máximo tribunal, la sentencia *Groves versus Slaughter*¹¹⁹ fue un pleito entre dos tratantes de esclavos que en su defensa ambos argumentaron invocar que la Constitución los protegiera basados en el derecho de propiedad y la *pacta sunt servanda* en los contratos. El asunto se originó por un incumplimiento en el pago de unos esclavos que fueron vendidos y entregados en Misisipí, en donde de acuerdo a la Constitución estatal se prohibían la importación de esclavos a partir del año de 1833. La Suprema Corte enfrentó el dilema de si los esclavos eran personas, si lo eran por ese hecho debían ser libres porque el máximo ordenamiento los protegía.

Por el otro lado se pensaba si los esclavos eran propiedad como cualquier *res*, se encontraba tutelado por las leyes federales de comercio, la Suprema Corte resolvió de manera incoherente que aunque el contrato de compraventa era inconstitucional, no era ilegal y por ello tendría que pagarse el precio de los esclavos. Después del caso *Marbury versus Madison* existió una disposición por parte de la Corte en el pleito *Dred Scott versus Sandford*¹²⁰ en donde por primera vez la Corte declaró que una ley del Congreso expedida 37 años antes, en 1820 conocida como compromiso de Missouri prohibía la esclavitud al norte de la latitud 36° 30' era inconstitucional. Con esta decisión se precipitó la separación de la mayoría de los Estados del sur y la guerra del gobierno federal contra ellos para mantener la Unión por la fuerza. El mismo Lincoln en su discurso de toma de posesión dijo:

“si la política del Gobierno sobre las cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo va a ser fijada irrevocablemente por las decisiones de la Suprema Corte, en el instante en que así se hace en litigios ordinarios entre parte en acciones personales, el pueblo habrá dejado de ser su propia amo, al renunciar prácticamente a su Gobierno para dejarlos en manos de ese eminente tribunal.”¹²¹

¹¹⁹ JUSTIA US SUPREME COURT. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/40/449/case.html>. 11 de febrero de 2016.

¹²⁰ JUSTIA US SUPREME COURT. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>. 11 de febrero de 2016.

¹²¹ VALDES, Clemente. *Marbury vs. Madison*. “Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 35, 2005, p. 348.

La resolución mencionada tuvo efectos desastrosos ya que declaró como sagrada la propiedad en general, por ende, de los esclavos y la protección que sobre ella daba la Constitución y el comercio entre los Estados, es por ello que se mantuvo la esclavitud de los esclavos que vivían en determinados territorios y reesclavizar a aquellos que habían permanecido libres en otros Estados. De lo acontecido resultó que en efecto las cuestiones relativas a la esclavitud eran materiales, se consideraba que los esclavos no tenían derechos, esa era la lectura social y sobre esa base se juzgaba, tanto así que llevo al punto de provocar el intento de secesión de los Estados Unidos de América. Esta guerra estalló en 1865 en América del Norte, la conflagración entre el norte con una economía industrial y una postura abolicionista y el sur con una economía centrada en el campo y con una actitud esclavista. El sur declaró la secesión de los Estados Unidos y los estados de Carolina del Sur, Mississippi, Florida, Alabama, Georgia, Luisiana y Texas se declararon como los Estados confederados de América. El presidente Abraham Lincoln declaró ilegal dicha secesión se inició un conflicto y la prioridad de Lincoln era mantener a los Estados Unidos como un solo país. La Constitución se probó ante una amenaza real de desmembramiento, pero logró el cometido de que se reconociera esa Constitución y Estados Unidos permaneció como un país, la secesión falló, la regla de reconocimiento compleja funcionó.

A partir de 1867 el órgano supremo de justicia cayó en un desprestigio tremendo y la desconfianza fue tan grande que uno de los representantes presentó una iniciativa para llevar a cabo una enmienda constitucional a fin de desaparecerla. De los hechos sociales antes presentados y analizados en el rigor de la metodología jurídica se infiere que la Suprema Corte al momento de fallar estableció un canon constitucional que modificó la forma lineal de juzgar sobre todo en los Estados que cuentan con una Constitución, antes de la implantación de la Constitución las leyes eran interpretadas de acuerdo al texto. Si existía una legislación que permitía la venta de esclavos entonces se cumplía el contrato que se había firmado sobre la venta de esclavos.

Con la irrupción de la Carta Magna las resoluciones de la Suprema Corte crean una figura geométrica de tres puntos, ya que no solamente es el hecho que debe interpretarse acorde a la disposición legal, sino que ahora se tiene que realizar un ejercicio de si ese acto es acorde también a la Constitución, por supuesto si es declarado acorde se tratara de una cuestión que tendrá el adjetivo de “constitucional”. Además, establece que los derechos de los individuos cuando son resueltos por un máximo tribunal tienen vinculación no solamente con los contendientes en el proceso inmediato, sino para todos los juicios pares que tengan una similitud en cuanto a la apariencia y pueden ser aplicado el precedente *erga omnes*. La importancia de la vinculación es de sobremano trascendente ya que desde la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de Francia se tenía como altos ideales estos derechos que son el embrión de los derechos humanos, pero ¿de qué sirve este documento enmarcado en oro? si estos no tienen aplicación, la cuestión constitucional permite crear el punto de inflexión entre el hecho, la ley y la Constitución, esta figura triangular permite que los actos sean analizado en el prisma de la constitucionalidad.

La Constitución estableció no solamente la primacía de los derechos del hombre sino también las líneas del procedimiento y permite que por una parte a través de la legalidad se analicen las actuaciones de las autoridades y en una instancia superior si los derechos humanos no se encuentran siendo vulnerados por las autoridades o si diversas actividades son acordes a las garantías contenidas en el máximo ordenamiento. En Francia se dedicaron a la tarea de establecer de la misma forma el alcance constitucional, citando a Sieyès él considera sobre la Constitución:

“Si deseamos dotar de garantía y salvaguardar la Constitución de un freno saludable que contenga a cada acción representativa sin desbordar los límites de su procuración especial, debemos establecer un Tribunal Constitucional en la forma que, en su día concretaremos.”¹²²

¹²² COSSÍO, Ramón. *Ciencia Jurídica y Constitución*, D. F.-México, Porrúa-UNAM, 2008. p. 319

Lo antes transcrito permite identificar el paradigma del que se ha hablado, la identificación de éste nace desde el momento en que se crean los recursos, medios o defensa para acudir y dilucidar lo relativo a las facultades de las autoridades y los derechos de los gobernados, *i. e.* los llamados *remedies* permiten que el derecho cumpla el cometido para el que fue creado. Y con la creación de un máximo tribunal del cual sea la especie la resolución de los diferendos por un superior con efectos vinculatorios. Citando a los creadores del modelo de control de regularidad constitucional en Francia, estos establecieron:

“En cuestión de derechos, no otorguéis al funcionario público más que lo de estricta necesidad; estoy de acuerdo en ello, pero la libertad del ciudadano, lo repito, debe extenderse lo máximo posible y ha de ser respetada por doquier, siempre que no resulte perjudicial. Así pues, si el ciudadano se siente más libre disponiendo del derecho de reclamación, no preciso nada más para exigirlo. Rindamos este homenaje solemne a la libertad individual, que constituye la razón última del entero orden político”¹²³

2.8. “The remedies.”

En el *Leviatán* de Hobbes el individuo se transforma en lo que decía Plauto: “el lobo del hombre, es el hombre”, aquí el individuo es pintado como un ser malévolo, en efecto en la naturaleza humana si no se limitan los apetitos y pasiones exista un afán desmedido de envidia, ambición, pereza y demás pecados capitales que puedan concurrir, pero es un hecho que estos son moldeados también por el contexto en el que se desarrollan las civilizaciones. Para eso el hombre en un principio requiere de la ley para dar un mínimo de orden. La idea de Hobbes de lo qué es la ley que se define como:

“Ley civil es, para cada súbdito, aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley.”¹²⁴

Aquí la hipótesis de la ley es interpretada en un aspecto horizontal que en pocas palabras será lo que disponga el enunciado, el problema es que la fuente del

¹²³ *Idem.* p. 323.

¹²⁴ HOBBS, Thomas. *Op. cit.* p. 270.

derecho es el soberano, definiendo que el soberano es aquel que habitualmente es obedecido. El inconveniente con el soberano es que como lo dice el génesis de la palabra por encima de él nadie y se debe su soberanía a que es el único que manda.

Al respecto Hobbes reflexiona:

“El legislador de todos los Estados es sólo el soberano, ya sea un hombre como en la monarquía, o una asamblea de hombres como en una democracia o aristocracia. Porque legislador es el que hace la ley, y el Estado sólo prescribe y ordena la observancia de aquellas reglas que llamamos leyes: por tanto el Estado es el legislador. Pero el Estado no es nadie, ni tiene capacidad de hacer una cosa sino por su representante (es decir por el soberano), y, por tanto, el soberano es el único legislador. Por la misma razón, nadie puede abrogar una ley establecida sino el soberano, ya que una ley no es abrogada sino por otra ley que prohíbe ponerla en ejecución.”¹²⁵

La relevancia de estos enunciados se encuentra en que la ley es conocida, el problema es que la dimensión del hombre es mucho mayor de lo que son las leyes y existe la firme convicción de que si se le deja al soberano la creación de las leyes en muchos casos, hay un exceso de su parte. De ésta guisa la ley en un momento histórico y ante lo regulado pasa a ser anacrónica por los excesos del soberano. Conforme se dio el avance en la restricción de los poderes del soberano, aparece el concepto de comunidad y estado, la protección jurídica de los pactos y el nacimiento de los derechos civiles (*civil rights*) la aparición de las cartas de las colonias inglesas de Norteamérica y el auge de la doctrina moderna del derecho natural que como mencionamos constituyó una especie de *legalidad metafísica* sobre los mandatos del soberano. Cualquier acto de autoridad se convierte en el resultado de un consenso por el cual voluntades paralelas establecen ciertas reglas para el ejercicio del poder y ciertos fines para la comunidad. La comunidad tiene ventajas, logros y beneficios, no se trata de compromisos personales arrancados al soberano, sino que se trata ya de un poder institucionalizado con ventajas recíprocas.

Por ello se tiene que crear una estructura que juzgue qué pasa cuando estos derechos reconocidos son violados, o cuando existe un exceso por parte del

¹²⁵ HOBBS, Thomas. *Op. cit.* p. 271.

soberano. Como los problemas jurídicos que se someten al escrutinio legal no tienen un procedimiento jurídico establecido, por ello es que se toman las resoluciones o acuerdos a partir de solemnidades, por tal razón aparecen los pactos (*covenants*) que se transmiten como leyes y el principio inglés de *judge made law*, la forma en que se resolvía es a través de los *remedies* (recursos judiciales) que garantizaban esas conquistas que se traducían en libertades, convirtiéndose en verdaderos derechos de las personas y se crean por parte de los jueces las resoluciones de lo que se llamó posteriormente el precedente (*stare decisis*)¹²⁶ La palabra *convenant* implica un realce ya que como se ha dicho envuelve una solemnidad que hace que sea observada por el pueblo, en “*El contrato social*” Rosseau utilizó la palabra francesa *contrat*, en el inglés también existe el término *contract* de la misma raíz, en el inglés en una acepción práctica tenemos el *agreement* y en una visión internacional el *treaty*. El *convenant* no responde a un entendimiento entre iguales, sino que se trata de una alianza religiosa, hasta el punto de considerar sagrados esos pactos. De ahí la importancia de ellos ya que se traducen en complejos normativos que son obedecidos porque se parte que su significado es altamente sagrado y la evolución del derecho trajo la consecuencia de una racionalización del poder que originariamente como hemos mencionado fue obtenida a través de los pactos, después por la protección e interpretación de los tribunales.

2.9. ¿Qué es una Constitución?

La Constitución no basta por si solo el hecho de que sea adoptada, debe probarse para ver si los individuos la arrojan como regla de reconocimiento compleja y deciden canalizar su vida en forma pacífica en ese Estado. El proceso para crear una Constitución escrita ha sido *ab obvo* una situación azarosa y de índole imprevisible, que se reúnan los elementos materiales y formales, es producto a veces de una serie de causalidades, casualidades, voliciones concertadas *et sit cetera*, que

¹²⁶ DAVID René y Camille JAUFFRET-SPINOSI. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 13ª ed., trad. Por Jorge Sánchez Cordero, D. F.- México, UNAM, 2010, p. 265.

permiten crear una razón escrita o no, donde se contendrán los perfiles que determinarán el rumbo de ese Estado. La Constitución tiene validez porque ha sido reconocida por los representantes de los diferentes miembros de ese estado, pero no por el conjunto poblacional, podemos decir que tiene vigencia, pero no validez sustancial, *i. e.* que el pueblo puede dar su veredicto de obedecer o no ese instrumento jurídico. La Constitución en su formación es más complicado de lo que se piensa, ya que no se trata de que un grupo se asocie y tenga intereses comunes, si no que ese grupo tenga entre sus fines, el crear un ordenamiento fundamental. Pero ¿y qué es una Constitución? en el lenguaje común el vocablo Constitución significa entre otras cosas, acción y efecto de constituir; esencia y calidades de una cosa que la constituyen como es y la diferencian de las demás; forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado; cada una de las ordenanzas o estatutos con que se gobernaba una corporación; estado actual y circunstancias de una determinada colectividad; naturaleza y relación de los sistemas y aparatos orgánicos, cuyas funciones determinan el grado de fuerzas y vitalidad de cada individuo, ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política.¹²⁷

Cuando se expone que un hombre tiene una buena constitución para un determinado deporte estamos hablando de que los elementos físicos en conjunto de esa persona son idóneos para desarrollar esa actividad deportiva; desde el punto de vista legal la connotación de Constitución es en esencia la misma pero con consecuencias jurídicas, *i. e.* que el vocablo nos significa también, como en el lenguaje común un orden de unidad de elementos para una determinada función y en el ámbito jurídico que tendrá consecuencia jurídicas, *e. g.* cuando alguien expresa que constituyó una sociedad anónima, referimos que un grupo de personas se han conjuntado y han creado una persona distinta de ellos mismos.

¹²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*. Madrid, Espasa, 2001, 2 Tomos.

No altera nuestra normalidad como juristas cuando se menciona que un artículo ha sido derogado o una ley ha sido abrogada, no reparamos ante un aserto de este tipo, pero cuando escuchamos que un artículo fue declarado inconstitucional, o una ley fue declarada inconstitucional reaccionamos de manera distinta y tomamos con más detenimiento la declaración ya que se trata de la Constitución. Rolando Tamayo citando a Black Max refiere que Constitución es un término eulogístico, en efecto, el término “Constitución” tiene ese carácter y, como tal, su aplicación a un objeto produce reacciones favorables en los individuos, al igual que “democracia”, “libertad”, “independencia”, etcétera¹²⁸. Así podemos disponer un sin número de ejemplos que lleven a la significación del elemento Constitución. Decimos que esa emotividad se bifurca entre los que pregonan el desencanto constitucional que consideran que la Constitución es un texto que muchas veces se encuentra rebasado por la realidad¹²⁹ y que no tiene la mayor importancia, es más pasa desapercibida por el pueblo y el estado continúa con su marcha normal, se trata sin más de un ordenamiento legal más en toda la orquesta de leyes. La otra parte es aquella que habla en forma apologética de la Constitución, manifestando que es el ordenamiento supremo de un país y contiene valores, principios e historia de un país, todas las virtudes son traspasadas sin más al documento constitucional¹³⁰. Lo que se concluye es que la Constitución es un ordenamiento que no pasa desapercibido y genera reacciones a favor o en contra.

La Constitución es la norma fundamental en donde se concentran generalmente dos grandes apartados, el primero de ellos que es el llamado dogmático, que contiene los derechos humanos y el orgánico contiene la forma en que se estructurará el Estado. Cabe mencionar que, a diferencia de los demás ordenamientos, la Constitución se caracteriza por llevar ese nombre “Constitución”, existen diferentes tipos de ordenamientos *inter alia* códigos, reglamentos, leyes,

¹²⁸ TAMAYO y Salmorán, Rolando. *Op. cit.* p.89.

¹²⁹ *Ibid.* p. 200.

¹³⁰ *Ibidem.*

estatutos, estamentos, pero Constitución solamente hay una y ya eso la hace diferente. Guastini sostiene que la constitución puede ser conceptualizada como:

*[...] cierto conjunto de normas jurídicas: grosso modo, el conjunto de normas- en algún sentido fundamentales- que caracterizan e identifican todo ordenamiento.*¹³¹

La Constitución se origina a raíz de que los individuos de un determinado territorio disponen crear una razón fundamental que los dirija, entonces se crea la Constitución como el ordenamiento primario del que dimana todo el sistema jurídico con cualidad de completitud. El establecimiento de la Constitución no parte de un concierto inequívoco de voluntades que en ocurrencia unísona instalan asamblea, deliberan y crean en un santiamén un documento llamado de esa forma. La Constitución consume un procedimiento que implica la resolución de hechos históricos que moldearan el carácter de la Constitución mandante, Ferdinand Lassalle sostiene:

*“La Constitución es la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del Derecho Público de esa nación”.*¹³²

2.10. Constitución terminada y plena.

Pretendo hablar de Constitución terminada, como forma de establecer que un proceso histórico llevado a cabo por un Estado tiene como consecuencia directa la implantación de una Constitución formal, hasta que el constituyente delibera, vota, promulga y publica ese documento solemne es válido, es cuando adquiere el predicado de terminada, la razón es que ese movimiento político ha enmarcado en ese documento los principios, valores, conceptos fundamentales auténticos de ese estado, pero falta la resolución material *i. e.* ver si estos postulados cumplen con los objetivos del elemento humano que los creo. La naturaleza de una Constitución es de índole apriorística, la disputa de los representantes de ese sistema jurídico naciente discutiendo darle forma a ese sistema jurídico formal, lo abstracto de esa

¹³¹ GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución*, Revista Cuestiones Constitucionales, México, 1999, num. 1, julio-diciembre, 1999, p. 162.

¹³² LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?*, México, Ediciones Coyoacán, 1994, p. 41.

Constitución y que generará en una primera circunstancia que se reconozcan los derechos fundamentales, que los representantes populares sean acreditados como tales, que exista un sistema judicial, un jefe de gobierno, un jefe de estado, pero todo esto es una mera formalidad ya que es abstracto lo que se discute, amén de que la firma de ese documento no llega de pronto a las mayorías y, aunque llegara a las masas no les importa en ninguna medida, si el nombre es “Estados Unidos Mexicanos”¹³³, o si tendremos una República, Federal, Representativa¹³⁴ o si nuestro sistema de gobierno será presidencial¹³⁵. En México las Constituciones de 1824, 1836 y de 1857 probaron que formalmente eran Constituciones terminadas, pero nunca se probó la regla de reconocimiento compleja, falló dicha regla ya que, cuando esa Constitución fluyó a los diversos grupos de ese Estado fue rechazada. La Constitución terminada tiene los elementos formales de validez, ya que vale como regla de reconocimiento simple entre el grupo que en un principio la adopta, se trata de un primer hecho social, pero le falta probarse en el ámbito material, por ello las constituciones mexicanas antes mencionadas no pasaron de ser “terminadas”.

Cuándo definimos que una Constitución deja de ser terminada y sigue a la grada superior ¿qué razón formal o material existirá para darle el rango de “plena”? consideramos que la Constitución se declara terminada cuando se publica y rige para la ciudadanía, sin embargo este proceso toma tiempo y cuando se lleva una regularidad en cuanto a que las instituciones nuevas creadas funcionan, decimos que se habla de una Constitución “plena”, se han terminado las oscilaciones erráticas de todo ordenamiento nuevo y se ha creado un tejido que marcará el rito de la normalidad institucional. La Constitución “plena” se basa en un hecho social complejo en donde por estándares de vida se asumen ciertos principios y formas de actuar, las razones del por qué se toman estos principios son inciertos y son *inveterata consuetudo* y es reconocida como tal por ello hemos empleado la regla de

¹³³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2015, Artículo primero.

¹³⁴ *Idem*. Artículo 40.

¹³⁵ *Idem*. Artículo 80.

reconocimiento de Hart, ya que se trata de un hecho social, la norma fundante a la que Kelsen se refiere es una norma que se encuentra presupuesta, la parte de la teoría que el autor austríaco, consideraba que la teoría pura no debía dar cuenta de situaciones sociales sino ceñirse a las cuestiones que permitieran dar una explicación metodológica de cómo es el derecho. La normalidad institucional traerá como consecuencia que los conflictos de cualquier índole se resuelvan a través de las instancias creadas *ex professo* y los fallos dictados aceptados. Los distintos grupos que conforman un estado, llámense *inter alia* empresarios, campesinos, profesionistas, industriales, sindicatos etcétera han aceptado jugar esas reglas y al aceptar jugar esas reglas aceptan los resultados aunque estos sean adversos. La sistematización jurídica permite *eo ipso* que los diversos ordenamientos, sean verdaderos comunicadores de las diversas instituciones del Estado y la normalidad estatal alienta el que los ciudadanos obedezcan los dictados de la autoridad.

La importancia de hablar de diversos estadios de las Constituciones radica en que muchas veces se escuchan que algunas fueron mejores que otras, se dice que la Carta Magna de 1857 es la mejor que ha tenido México, ignoro el tipo de método para realizar la mensura que se utiliza al verter comentarios de esa índole. La Constitución de 1917 nos ha regido por casi 100 años, a muchas generaciones le ha dado el título de profesionistas, ha nombrado generales de división, ha investido a gobernadores, ha hecho posible tener un Presidente de la República, un Poder Legislativo y un Poder Judicial, es precisamente esta Constitución la que se ha probado y ha sido eficaz. La distinción entre Constitución “terminada” y Constitución “plena” se realiza la primera por su procedimiento de formación y la segunda por el resultado, cuando utilizamos el vocablo “terminada”, sabemos que algo se acabó, feneció y tiene la característica de definitivo, en cambio la Constitución “plena”, utilizamos dicho predicado cuándo ésta se ha probado y la misma ha prevalecido.

En el caso de los Estados Unidos de América, tenemos un claro ejemplo de Constitución “plena”, esto ocurre cuando se dio la guerra de secesión, para que

subsistiera el proyecto de nación, se realizaron cambios con base en esa Constitución siendo el principal relacionado con la abolición de la esclavitud. El tejido constitucional operó con eficacia y socavó el peligro de desmembramiento de la unión federada y esa misma Constitución de Estados Unidos de América siguió avante en el desarrollo de esa nación. Huelga decir que la Constitución “plena” permite que todas las diferencias que existan en esa nación sean dirimidas con mecanismos institucionales y los actores aceptan las reglas y se desenvuelven en ese escenario, el que salta las reglas se halla en la ilegalidad. Una de las razones que son tomadas en cuenta para admitir que la Constitución ha quedado plena es el poder político, hay conciencia de que existen mecanismos institucionales para dirimir controversias, esos mecanismos estarán disponibles en cuanto se rompa la normalidad. Cuando las estructuras creadas por la Constitución funcionan de manera operativa y materia se tiene el nacimiento de un sistema jurídico pleno, es decir se ha probado y al interior de esa comunidad se ha tomado como la ley suprema, entonces corresponde a los poderes establecidos en hacer efectivas las prerrogativas que se encuentran mentadas en la Constitución.

La implementación de los derechos fundamentales y la creación de las instituciones políticas que conlleven al desarrollo de ese Estado, esa es la función de la Constitución plena, el aterrizar los derechos humanos, como la libertad, garantizar la propiedad, la seguridad jurídica, la igualdad. Raz en su obra *“El Concepto de Sistema Jurídico”* explica que existen en cuanto a los derechos fundamentales dos planos, el deliberativo y el ejecutivo, sostiene:

“En el debate sobre cómo deben comportarse los miembros de una sociedad uno puede distinguir entre el nivel deliberativo y el ejecutivo. En el primero se evalúa el mérito relativo a los cursos de acción alternativos, en el segundo, en el ejecutivo, tal evaluación es excluida. La cuestión de qué hacer aún se plantea, pero como problema ejecutivo. Habiendo decidido en el estadio deliberativo qué hacer en ciertas circunstancias, las únicas cuestiones que quedan es una de memoria (¿qué acción fue decidida y en qué circunstancias?) y de identificación (¿es ésta una acción del tipo específico y son éstas las circunstancias especificadas?), así

*como un elemental residual de opción que es dejado como indiferente en la conclusión del estado deliberativo.*¹³⁶

Los derechos fundamentales preconizados en la Constitución solamente existen cuando estos alcanzan el estadio ejecutivo, *i. e.* en el momento en que son operativamente aplicados, de modo tal que su reconocimiento no quede al arbitrio de un órgano cualquiera ante el cual pudiera plantearse alguna cuestión en torno a tales derechos. La cuestión relativa a ¿qué dispone la Constitución? y ¿qué es lo que la Constitución materialmente ha instituido para darlo? es lo que caracteriza el que una Constitución pueda llamarse plena. El artículo 4º de la Constitución Mexicana prescribe “toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”.¹³⁷ Realmente ¿todos los mexicanos vivimos en un ambiente adecuado? En este punto podríamos discutir si la Constitución ha pasado del estadio deliberativo al estadio ejecutivo. Corresponde pues a los diversos actores políticos el establecer las disposiciones legales que conlleven a la ejecutividad de la mayoría de las disposiciones constitucionales.

La plenitud de la Constitución es el culmen del proceso de un Estado, ya que éste ha atravesado las etapas críticas y la institucionalidad ha dejado de ser un dicho y se ha tornado en una práctica. Como es bien sabido la Constitución permite establecer las reglas del juego a cada uno de los miembros integrantes del estado, las aspiraciones de los ciudadanos podrán ser alcanzadas y la forma de alcanzarlas será a través de las instancias creadas por ella. La normalidad institucionalidad permite el libre juego de los actuantes y las instituciones se desarrollan, algunas de ellas con el devenir del tiempo se hipertrofian, otras se atrofian, unas son ineficaces y entonces es cuando se tienen que ajustar. Para muchos, hablar de la Constitución es un arte, dogmática *per se* la Constitución es sagrada, pero el hecho de tener una Constitución, no otorga el derecho a la persona, ni a la colectividad de tener todos los atributos que dispone ésta, considero que uno de las temas torales para una persona

¹³⁶ RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986, pp. 255-256.

¹³⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2015, Artículo 4º.

es la de poder establecer con claridad y solamente sujeta a los accidentes de la existencia, a planear en forma ordenada la vida, esa predictibilidad de la vida arroja como consecuencia la certidumbre de que ciertas cosas se mantendrán en un estado constante, no cambiarán drásticamente y si hay cambio es gradual. Cuando uno sale de casa a trabajar, se da por hecho que regresaremos, no se piensa lo contrario, existe la certidumbre de que se verá a la familia de nueva cuenta, solamente un caso fortuito lo impedirá, cuando uno envejece planear la vida disminuye, pero eso es normal, la vida se desarrolla en ciclos. Caso distinto, cuando en un estado hay guerra civil, o un golpe militar entonces la vida de un individuo pende de un hilo, cada hora y minuto que se tiene es una victoria, en estos estadios no hay forma de planear la existencia diaria. Como hemos referido las constituciones enmarcan en sus apartados infinidad de buenas intenciones, llamo así porque estas no están aplicadas a la realidad.

Lo que llamo Constitución “plena” es cuando los derechos humanos se encuentran satisfechos por el estado, las instituciones no solamente los reconocen, sino que los respetan y actúan para que se conviertan en cultura. Se considera que un Estado que hace efectivos los derechos fundamentales es casi obligado que está bien organizado, en cambio uno que omite hacer efectivos los derechos humanos es a menudo un estado desorganizado. Hay estados que se dicen de “avanzada”, en cuanto a que su Constitución reconoce derechos de tercera generación, pero el Estado debe de promover los medios necesarios para su desarrollo sino serán letra muerta, es indisoluble la relación entre organización y respeto a esos derechos fundamentales y esto es ecuménico, ya que no es privativo de un estado o algunos estados en particular. El estado al dar certeza en las acciones de la gente establece estándares de vida y regularidad que permiten materialmente a los ciudadanos a desarrollarse y a elegir libremente la religión, la actividad, la preferencia sexual, a tener el número de hijos que elijan.

2.11. Las perspectivas del derecho.

El derecho puede estudiarse desde dos perspectivas según el positivismo kelseniano la estática y la dinámica, la mayoría de los juristas lo hacen desde la estática y esquematizan muy bien lo que el derecho es. Al atender una pretensión de pureza descuidan la parte dinámica, la mayoría de las ocasiones su respuesta a las preguntas de por qué omitir el estudio ésta parte es porque ya es política, sociología, ecología *et sit cetera*, eso no importa a la ciencia jurídica. Como instrumento de la política desde que se aplica el derecho se ha observado en las diversas latitudes de aplicación que siempre hay convergencia o contradicción entre los factores que hacen posible ese orden jurídico. Según sea la tensión o distensión que se dé entre los diversos centros de poder político será el grado de certidumbre o incertidumbre que nos arroje el sistema actuante. Lo anterior permite llegar a la conclusión de que el orden jurídico es cambiante y de estos movimientos dinámicos siempre hay situaciones que impactan los diversos sistemas, sobreviven gracias a su condición autopoiética, entre más uniformes sean esos cambios habrá eficacia jurídica. De lo explicado observamos que a partir de que se crea el paradigma constitucional y es observado, los diversos fenómenos sociales como es la inmediatez que dan las comunicaciones, las redes sociales, el libre comercio, la globalización han modificado las formas de argumentar y por ello es necesario también la creación de nuevas formas acordes al paradigma constitucional, esto será la bifurcación de la argumentación en una ordinaria y la referente a la Constitución, que debe de construirse a partir de ciertas premisas.

2.12. El orden jurídico, el sistema y la Constitución.

La Constitución siempre se ha entendido que es el origen de todo orden jurídico, al menos de los órdenes jurídicos modernos que gozan de una ¿Por qué decimos entonces que es el origen de todo orden jurídico? La razón es simple, porque de ella emanan todas las situaciones que derivarán y tendrán un resultado en

todo el Estado, por ello es aceptada como regla de competencia. Existe una confusión común pensar que orden jurídico y sistema jurídico, son lo mismo, se trata de cuestiones distintas. El orden jurídico comprende la inmanencia, *i. e.* la organización del todo jurídico, como dijo Bentham es la conformación del *pannomion*, el comienzo de algo y cuando nos referimos a la inmanencia nos referimos a conceptos atemporales desde el punto de vista formal que se modifican en el transcurso del tiempo poco. ¿De qué nos sirve que exista una norma de competencia que sea suprema y origen de todo? en primer lugar nos genera una diferenciación jerárquica, si todos los ordenamientos legales tuvieran la misma jerarquía frecuentemente tendríamos colisión de normas, el hecho de que se considere a una ley como suprema nos da la elección de tener que confrontar a todos los ordenamientos con ella y darle el cariz de legal a las actuaciones de diversas autoridades en su actuación con los gobernados o constitucional a los que se encuentren en plena identidad con ella, así como a los diversos ordenamiento legales creados por el órgano legislativo y a los que la contradigan declararlos inconstitucionales. La regla de competencia funciona y permite el funcionamiento de las instituciones creadas para ello. Al referir el sistema me permito citar la definición de Tarski de sistema deductivo, esto es que se trata de todo un conjunto de enunciados que contiene sus consecuencias lógicas¹³⁸ aplicables a las situaciones de hecho y de derecho.

Pero ¿qué es un sistema jurídico? Se trata de la aplicación de un conjunto de normas a un caso específico que permite la aplicación al caso concreto, en especial remarcaré que en el caso del sistema relacionado a la Constitución será referido siempre como el origen del sistema y la adecuación o identidad a ese determinado sistema, esto es si se trata de una cuestión que deba ser declarada constitucional o inconstitucional. Un sistema se crea cuando acontece algún hecho con naturaleza jurídica o se presenta un acto jurídico, en ese momento nace y si se acude a los

¹³⁸ ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, D. F.-México, Fontamara, 1997, p. 58.

tribunales se resolverá exclusivamente con los elementos de éste. Como ejemplo citamos el caso de un robo, el tipo penal se encuentra contemplado en el código punitivo y la forma en que se realizará el análisis de las pruebas y las cuestiones procesales estarán contemplados en el código de procedimientos, obvio siempre la Constitución se encontrará en el sistema ya que será la garante de que sea aplicada la ley de manera correcta. Así sucede con las demás situaciones en que el derecho se encuentre trabajando, habrá tanto sistemas como situaciones jurídicas. Cuando una determinada norma se dice que es contraria a la Constitución ¿cuál es la acción a seguir? se toma entonces un sistema en donde la Constitución como ente jerárquico mayor debe de pronunciarse acerca de una norma de nivel menor pero que incide en el respeto o irrespeto de ella.

2.13. Constitución, su naturaleza y materialidad.

En el apartado precedente se realizó el campo de delimitación de lo que es una “Constitución”. Cuando se nombra la palabra “constitucional”, se refiere a un predicado que se adosa a algo, siempre será un referente, no se trata del objeto de estudio, se predica sobre una accidente o calidad del mismo y es dependiente *verbi gratia*: derecho constitucional, argumentación constitucional, ley constitucional. Para el cometido del presente estudio se tendrá que reducir el objeto cuando analizamos la argumentación constitucional ya que precisamente es la que se refiere al paradigma constitucional o su coextensivo: la naturaleza constitucional. Ese objeto de estudio al que llamamos argumentación constitucional lo tomaremos en cuanto a la naturaleza y definiremos cuál es ésta. La Constitución es la primera piedra de un orden jurídico, entendiendo por orden jurídico la totalidad de leyes, principios, actos, relaciones que tiene como finalidad resolver los problemas planteados en una sociedad, pero este orden tiene obligadamente como centro, situaciones concretas acerca de la existencia, inexistencia, identidad, estructura y contenido. La Constitución es la base de la legalidad en el actuar de las diversas autoridades, cuando está referida a ciertos principios se trata de constitucionalidad. En este punto

la Constitución¹³⁹ es la potencia que sanciona a los demás ordenamientos y esto da lugar a la creación de sistemas. Empezando con el problema de la creación y desaparición de normas tenemos que la misma Constitución establece un procedimiento de cuando una norma estará dentro del orden jurídico “x” y también establece el procedimiento de cuando esa norma estará fuera del orden jurídico. En ese caso sin dar lugar a equivocaciones la Constitución instituye que todas las normas que son creadas o excluidas de conformidad a los procedimientos establecidos son o fueron parte del orden jurídico, esta aseveración lleva a la conclusión de declarar que si una norma no es creada de conformidad al canon constitucional no puede ser adjetivada como “constitucional”, ¿cuándo acontece? ¿quiénes serán los que pueden declarar que esa norma es inconstitucional? obviamente el órgano creado expresamente por la Constitución y precisamente creado para ese efecto.

La naturaleza de la Constitución es creadora de directrices, es el sello que indica cómo será su estructura y la forma que adoptará su gobierno, así como el reconocimiento de los derechos fundamentales. La naturaleza se refiere a las características fundamentales que definirán al objeto en estudio. Afirmamos que la naturaleza es connotativa e intensional. Como ejemplo se cita que pregonar acerca de las diferentes naturalezas en las nacionalidades hace entender de manera genérica las principales características, cuando se refiere a la naturaleza de los ingleses declaramos lo flemático que son, la puntualidad, la calidad de buenos marinos de ultramar, esa suma de predicados nos define la naturaleza del inglés, así podemos seguir con las calificativas del mexicano, del escocés, del austriaco según sea el caso. La naturaleza de la Constitución la hace un ordenamiento singular porque es el ordenamiento supremo, está por encima de los demás, tiene una calidad distinta de los demás, esta regla de competencia adquiere una gran fuerza no sólo jurídica, sino también política. Cosa distinta es la materialidad que se asume como todo aquello que puede ser abarcado por el objeto de estudio, hasta dónde

¹³⁹ TAMAYO y Salmorán, Rolando. *“Introducción al estudio de la Constitución”*, México, Fontamara. p. 257.

llega, es la referencia al campo de aplicación. A *contrario sensu* de la naturaleza tiene un ánimo extensional o denotativo, esto todo aquello que abarca sin que llegue a ser parte de la naturaleza. En la obra *“Introducción al Derecho”*, Manuel Atienza referencia sobre la naturaleza y la materialidad, él lo llama intensión y extensión, para mí es naturaleza y materialidad. Transcribo lo que el menciona al respecto:

[...] La intensión de un concepto es el conjunto de propiedades que lo caracterizan, y su extensión o referencia de aplicabilidad del mismo. Por ejemplo la intensión de un «juez» es un conjunto de propiedades (funcionario público, que tiene a su cargo la aplicación de las normas jurídicas, etcétera), y su extensión, el conjunto de personas (pasadas, presentes y futuras) que han sido, son y serán jueces. Todos los conceptos tienen una intensión y una extensión, aunque esta última puede ser vacía. Por ejemplo, el concepto de «juez imparcial», en el caso que consideremos que ningún individuo ha satisfecho ni podrá satisfacer nunca las características que atribuimos a tan extraordinario ser.¹⁴⁰

La relación entre naturaleza y materialidad son inversamente proporcionales, ya que a mayor naturaleza (intensión), menor materialidad (extensión) y a menor naturaleza (intensión), mayor materialidad (extensión). La naturaleza de la Constitución tendrá como efecto que todo aquello que lo afecte será parte de la argumentación constitucional y qué es aquello que se puede ver afectado y que trascienda de manera mediata o inmediata a la sociedad, todo aquello que tenga relación con los derechos humanos. Los derechos siempre estarán proyectados a la naturaleza constitucional, lo que no se encuentre en esta división automáticamente se tomará como parte de la materialidad. La materialidad será entonces lo abarcable sin que afecte la naturaleza.

En ese caso las normas que son producto de la Constitución, que regulen situaciones de fondo y procedimentales que no se encuentren relacionadas con los derechos humanos será lo que hemos llamado la materialidad. La legalidad será parte de la materialidad constitucional y posiblemente sea en donde más se interpreta la norma y se toma como referente a la constitución. La argumentación constitucional recibe ese nombre, en primer lugar por los casos que nunca han sido resueltos relacionados con los derechos humanos, una vez que sea resuelto

¹⁴⁰ ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*, México, Fontamara. p. 18.

impactará de manera inmediata a los que se encuentren en situaciones similares y se creará un precedente o la otra condición es que exista un precedente y se intente modificar. Por ello es tan importante visualizar a la argumentación constitucional como algo auténtico ya que responde a situaciones no conocidas en el mundo jurídico y que son resueltas. Se establece una vez resueltos un *stare decisis*, en cuanto son catalogadas con el nombre de la jurisprudencia.

2.14. La legalidad y la materialidad constitucional.

El derecho desde el momento en que es establecido el canon de la legalidad consiste en que el gobernado cuando las autoridades inician alguna acción contra él o cuando éste acude a las autoridades, lo hace desde una perspectiva en que se encuentra en una situación de debilidad frente a éstas. La razón es que el gobernado no cuenta en la mayoría de las veces con los elementos para enfrentar a una parte del Estado que tiene el poder de soberano y que puede actuar contra él a través de una decisión *ultra vires*. La consecuencia de este actuar está relacionada con el poder despótico que los reyes ejercieron por siglos donde de manera unilateral establecían situaciones de derecho sin tomar en cuenta la decisión de los gobernados, lo anterior era tildado muchas veces como un actuar caprichoso. Establecido el poder en el Estado moderno en cuanto a que establecer que las autoridades solamente pueden realizar lo que se encuentra establecido en la ley.

Esto nos conduce a que cada decisión tomada por los poderes se encuentra relacionada con quién si tiene las facultades para conducirse de esa forma. El actuar de los órganos del Estado por minúsculo que sea, tiende a afectar la esfera jurídica de los gobernados. La legalidad dio respuesta al intento de cambio del gobierno de los hombres, al gobierno de las leyes, en el primer estadio los hombres se encontraban desprotegidos al poder, en el segundo se toma ya no el papel de hombre simple, sino que ya el de gobernado, quién cuenta con más posibilidades para conocer los límites del poder y los alcances en cuanto el ejercicio de la

autoridad. El “imperio de la ley” tiene una función legitimadora de la autoridad, cuando en un país se aplican las leyes de manera debida, el gobernante tendrá una legitimidad que se traduce en un margen amplio de acción política. Ribeiro sostiene:

“En primer lugar, por el principio de legalidad. Ninguna producción de norma, o aplicación de norma (decisión judicial) o análisis del corpus legal tiene validez si no se aportan razones establecidas por el propio corpus jurídico. La argumentación jurídica válida tiene como parámetros el fundar y motivar la producción, aplicación o análisis de las proposiciones legales. Fuera de la fundamentación y motivación de la proposición legal sólo hay vacío e ilegalidad.”¹⁴¹

En la legislación ordinaria se instituye que la decisiones tomadas por los tribunales parten desde la base de la legalidad, sobre esa égida recaerá la resolución de los conflictos por variados que sean estos en su contenido. El sistema jurídico se mantiene sobre esa base, la legalidad funciona como regla de control y competencia, Karla Pérez Portilla expone:

La vinculación del principio de legalidad a todos los poderes del Estado se da en diferentes niveles. Así, tiene una presencia mucho más fuerte en el Ejecutivo que en el jurisdiccional y finalmente, una apenas deducible influencia en el legislativo.”¹⁴²

Tamayo se refiere al principio de legalidad:

“El principio de legalidad propuesto en todo discurso jurídico, tanto en la “descripción” (textos y tratados) como en la argumentación (alegatos). El principio opera en dos niveles descriptivo y justificativo. El tenor del principio podría formularse así: (1) es regla de competencia; i. e. es el derecho de un Estado [...] todo acto jurídico (orden, decisión, mandato) supone una norma jurídica que confiere facultades; todo poder o facultad, requiere necesariamente de fundamentación jurídica (2) la legalidad debe controlar los actos de los funcionarios (e. g., el exceso o desvío de poder, decisión ultra vires, son cuestiones jurídicas)¹⁴³

En la argumentación al decidir la disensión, es que se desarrolla la legalidad ya que comprende la regla de competencia y la regla de control, la primera de ellas entendida como quién puede realizar el acto y la regla de control se refiere a cómo debe de hacerlo.

¹⁴¹ RIBEIRO, Gerardo. *Verdad y argumentación jurídica*, 2ª. ed., México, Porrúa- Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, 2007, p. 12.

¹⁴² PEREZ, Karla. *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, 2005, p. 55.

¹⁴³ TAMAYO, Rolando. *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente*, México, UNAM, 2005, p. 214.

Esto es en parte estático y dinámico ya que ésta desde el punto de vista estático se encuentra referida a la parte formal de cómo deberán de llevarse a cabo todo acto de autoridad, se encuentra descrito en las leyes y en ella se encuadra la forma en que cada una de las autoridades procederán, el aspecto dinámico es cuando la autoridad materialmente realiza el acto, lo plasma en un documento en consecuencia se realizará una comparación entre lo estatuido por la ley y lo aplicado por la autoridad.¹⁴⁴ En la argumentación existe una gradación de la legalidad y la forma de argumentar será distinta dependiendo el poder de que se trate, la legalidad supone un manejo individual para cada uno de los poderes establecidos en el Estado, es distinto para el poder judicial, para el poder ejecutivo, así como para el poder legislativo. Lo que es una constante es que el sistema jurídico proporciona las herramientas necesarias para clausurar la disensión, la interpretación en el sistema jurídico *in genere* intenta desde el mismo sistema desentrañar el sentido de la norma aplicable. En el caso de la interpretación y argumentación en los temas de la legislación regular, la acción de juzgar es de carácter tautológico, no se sale del texto jurídico, se tiene al texto como única herramienta y de ahí los diversos sistemas hermenéuticos aplicados, ya sea el método histórico, lógico, literal o sistemático¹⁴⁵, hasta en esta actividad encontramos una regla del juego, para el que lo aplica y para el que lo juzga, no salirse de lo que dice la ley.

Lo anterior es explicado tomando en cuenta el pedigrí de la norma aplicada, tanto la sustantiva, así como la regla procesal. La secuencia establecida establece si la autoridad actuó conforme al tinglado de normas establecidas, se crea el sistema del que se refirió en el inicio del capítulo y éste arrojará las respuestas y dará el predicado de si se actuó con la legalidad establecida para las autoridades. Esta legalidad contemplada en el actuar de los órganos está de manera taxativa en la legislación. El aspecto normativo más relevante en cuanto a la taxatividad se

¹⁴⁴ ISLAS, Montes, Roberto. "Sobre el principio de legalidad", Uruguay, Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 2009, p. 6.

¹⁴⁵ DE LA CRUZ, Zamudio, Juan et. al. *Una introducción a la hermenéutica fiscal*, México, Porrúa, 2007. p. 83.

encuentra afín con el derecho penal en donde la formulación entre los supuestos jurídicos y los hechos acaecidos deben de colmarse de manera precisa, por ello implica al máximo en los distintos tipos penales no usar términos vagos y preferir utilizar los conceptos descriptivos y evitar los valorativos. Lo antepuesto nos lleva a tomar en cuenta lo que explicaba H. L. Hart al mencionar la llamada zona de penumbra que muchas veces permite la indeterminación semántica y ese rasgo de vaguedad que se tiene en el lenguaje. La textura abierta del lenguaje permite presuponer una serie infinita de posibilidades que solamente cuando la ley se encuentra aplicándose decimos si es acorde al caso concreto. Como ejemplo citaremos el artículo 1916 del Código Civil Federal de México, el numeral antes mencionado prescribe en cuanto al daño moral:

Artículo 1916.- *Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.*

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículos 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos:

- I. *El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien;*
- II. *El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;*
- III. *El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y*
- IV. *Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona.*

La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo.

La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo.¹⁴⁶

El artículo transcrito ofrece una serie de conceptos y términos jurídicos que son muy amplios ya que se trata de conceptos valorativos, dependiendo el caso planteado será la forma en que juzgará el órgano decisor, aún y cuando se trata de una cuestión de textura abierta lo que rige el código civil que denomina daño moral el juez tendrá que ajustarse a lo que el texto jurídico dispone y sobre esa situación producirá su resolución a menos que el texto jurídico le provea de un mecanismo para resolver en caso de que no haya una respuesta concreta. Realizando una prueba de lo que se ha escrito pensemos qué es para cada uno de nosotros las palabras daño, moral, sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos. Ahora transcribiremos una jurisprudencia del máximo tribunal que soluciona un caso práctico de daño moral:

DAÑO MORAL. ES LA ALTERACIÓN PROFUNDA QUE SUFRE UNA PERSONA EN SUS SENTIMIENTOS, AFECTOS, CREENCIAS, DECORO, HONOR, REPUTACIÓN, VIDA PRIVADA, CONFIGURACIÓN Y ASPECTOS FÍSICOS, O BIEN, EN LA CONSIDERACIÓN QUE DE SÍ MISMA TIENEN LOS DEMÁS, PRODUCIDA POR HECHO ILÍCITO. El derecho romano, durante sus últimas etapas, admitió la necesidad de resarcir los daños morales, inspirado en un

¹⁴⁶ MÉXICO: Código Civil Federal, 2015, artículo 1916.

*principio de buena fe, y en la actitud que debe observar todo hombre de respeto a la integridad moral de los demás; consagró este derecho el principio de que junto a los bienes materiales de la vida, objeto de protección jurídica, existen otros inherentes al individuo mismo, que deben también ser tutelados y protegidos, aun cuando no sean bienes materiales. En México, la finalidad del legislador, al reformar los artículos 1916 y adicionar el 1916 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, y posteriormente modificar los párrafos primero y segundo del artículo 1916, consistió en hacer responsable civilmente a todo aquel que, incluso, ejerce su derecho de expresión a través de un medio de información masivo, afecte a sus semejantes, atacando la moral, la paz pública, el derecho de terceros, o bien, provoque algún delito o perturbe el orden público, que son precisamente los límites que claramente previenen los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República. Así, de acuerdo al texto positivo, por daño moral debe entenderse la alteración profunda que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito. Por tanto, para que se produzca el daño moral se requiere: a) que exista afectación en la persona, de cualesquiera de los bienes que tutela el artículo 1916 del Código Civil; b) que esa afectación sea consecuencia de un hecho ilícito; y, c) que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 8633/99. Marco Antonio Rascón Córdova. 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Rómulo Amadeo Figueroa Salmorán. Amparo directo 399/2008. Gloria Susana Nava Rodríguez. 11 de septiembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Román Fierros Zárate. Amparo directo 661/2008. Rodrigo Toca Austin. 19 de febrero de 2009. Mayoría de votos; unanimidad en relación con el tema contenido en esta tesis. Disidente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Ponente: Benito Alva Zenteno. Secretario: Vidal Óscar Martínez Mendoza. Amparo directo 428/2009. Domingo Alejo López Cortés. 20 de agosto de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Erick Fernando Cano Figueroa. Amparo directo 412/2009. *****. 8 de octubre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Benito Alva Zenteno. Secretario: Vidal Óscar Martínez Mendoza. Época: Novena Época. Registro: 160425. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C. J/71 (9a.). Página: 4036.¹⁴⁷*

De la jurisprudencia antes citada, se divisa que el órgano resolutor cita los artículos relativos al daño moral y de manera referencial los artículos de la Constitución sin entrar en la discusión de si los numerales son constitucionales o no, se juzga el sistema relativo al daño moral y juzga la legalidad del órgano estatal y si lo juzgado se encontraba debidamente fundada y motivada. El principio de legalidad se aplica en la vida diaria tantas veces como situaciones jurídicas existen, desde las

¹⁴⁷ Tesis I.3º.C.J/71 (9ª), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, T 5. Enero de 2012, p. 4036.

más nimias hasta las más complejas, si en un matrimonio civil alguno de los contrayentes se olvida estampar la firma en el acta de matrimonio el acto no tendrá las consecuencias jurídicas por esa omisión. En el caso de la legalidad en todos y cada uno de los actos en que esta se genera existe siempre una justificación para el acto. En la interpretación de las normas comunes no se sale del texto jurídico, se sigue teniendo el texto como única herramienta de la interpretación, hasta en esta actividad interpretativa nos encontramos con el hecho de quedarnos dentro del sistema jurídico que se conoce por la autoridad que crea el derecho, el que lo juzga y el que lo aplica. Es cuando la argumentación se percibe como una actividad encaminada principalmente en dar cuenta del texto legal de manera exclusiva, realizar traducciones del español al español.

La funcionalidad que representa la argumentación de la legalidad en un sistema jurídico afecta necesariamente el concepto de la validez del derecho, a manera de ejemplo se entiende en el positivismo que el sistema jurídico comienza con un ordenamiento supremo y de ahí se desarrolla la raigambre de leyes, la legislación pues tiene un orden establecido y si ese orden establecido se contraria será declarado nulo ese elemento que la contradiga. Esto es entendido y ese derecho será válido por esa jerarquía de las normas, pero en el caso de esta validez observamos que se trata de un tipo de validez normativa. Una norma se acepta o no, la señal de tránsito de prohibir estacionarse en un determinado lugar desde el punto de validez normativa se aplica porque fue creada para que alguien deje de aparcar su vehículo, no importan las razones del conductor de un vehículo al violar la norma, las explicaciones: “no me tardo”, “voy rápido”, “estoy esperando a mi hijo” no valen como defensas jurídicas, la sanción se aplica porque así lo establece la normatividad.

CAPÍTULO III

LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Nadie puede decirse prácticamente versado en una ciencia y a la vez
despreciar la teoría, pues así mostraría simplemente
que es un ignorante en su oficio, en cuanto cree poder avanzar
más de lo que permitiría la teoría, mediante ensayos y experiencia
hechos a tientas, sin reunir ciertos principios
(que propiamente constituyen lo que se llama teoría)
Immanuel Kant

3.1. Un antecedente de la argumentación constitucional.

La filosofía desde su nacimiento se ha centrado en dos grandes apartados, el ser y el conocimiento, la filosofía ha crecido en amplitud de horizontes, pero todos estos estarán encaminados o relacionados siempre de manera implícita con lo manifestado. De igual manera la filosofía del derecho, aunque con un campo determinado en las cuestiones jurídicas tiende de manera natural a establecer como polo norte al ser y al conocimiento para comprender como funciona el derecho y como se aplica el derecho. Una de las formas de acceder al conocimiento es el referido a la creación de hipótesis, mismas que son confirmadas, a este método se le conoce como científico. El conocimiento científico es verificable, lo anterior resuelve al menos los problemas inmediatos del ser humano y relativos a la sobrevivencia diaria: el dominio de la agricultura, la creación de herramientas, el invento de las vacunas entre otros permite aligerar las pesadas cargas mundanas, es parte de los problemas que ha resuelto la ciencia. El conocimiento parcial de la naturaleza hace que se puedan prevenir muchos de los fenómenos de ésta.

La forma de adquisición del conocimiento, primero se realiza de manera empírica, posteriormente a través de la observación es que se toman las generalidades, se enuncian las leyes de la naturaleza, aquí es cuando los saberes

científicos a través de diversos procesos como puede ser la imaginación, la especulación y la creatividad sin el afán de ceñirse a un catálogo que inicia la creación de los escenarios hipotéticos. La estrecha relación entre lo preguntado, lo averiguado y lo concluido es que la determina el conocimiento. La manera en que se determinó que las semillas de la planta ricina son veneno fue porque un alguien comió las semillas de esa planta y murió, se concluyó que el ingerir las semillas de dicha planta causa la muerte, tiempo después se experimentó que utilizada en cantidades pequeñas servía de purgante aliviaba al enfermo de los síntomas de algún padecimiento digestivo, hasta el día de hoy esa verdad se mantiene perenne. El conocimiento científico es la descripción de los fenómenos naturales, por ello resulta difícil catalogar como conocimiento aquello que no se describa con una regularidad, como la verdad universal que el agua hierve a los 100° centígrados, siempre y cuando se cumplan las condiciones en las que se lleva a cabo el evento a reproducir, como que sea a nivel del mar y que el instrumento de medición sea con un termómetro, siempre que se reúnan estas condiciones creadas por el investigador, será reproducible. Algunas de las ciencias abstractas como la matemática, no es a través de la experiencia que se obtiene el conocimiento, sino a través de un lenguaje formal que de igual manera es verificable, cito la sucesión Fibonacci que no implica de ninguna manera algún contacto con el mundo de la experiencia, se trata de una sucesión de números que alguien que conozca el lenguaje de éstos podrá interpretar y concluir que es verdadero lo afirmado en dicha sucesión que dice:

“1, 1, 2, 3, 5, 8, 13, 21, 34, 55, 89, 144, 233, 377, 610, 987, 1597...∞”

Comenzando con el uno, el siguiente número sumado al precedente arrojan el resultado del siguiente número y así sucesivamente. Vale la pena agregar que en estos saberes matemáticos de igual forma se actúa de manera tautológica entre lo que se dice como premisa y lo que se obtiene como producto. Otro caso es establecer que los números primos son aquellos que son naturales mayores que 1

que se descompone exactamente en dos factores diversos: él mismo y el 1, esto es que solamente pueden dividirse por ellos y no por otros. Y estos serían:

“2, 3, 5, 7, 11,13,17, 19, 23, 29, 31, 37, 41, 43, 47, 53, 59, 61, 67, 71, 73, 79, 83, 89, 97...∞”

De la misma forma quien comprenda el lenguaje matemático estará de acuerdo con lo aseverado. La problemática con la ciencia del derecho es que no comparte los escenarios intelectuales con el concepto de la ciencia objetiva, una clasificación de la ciencia del derecho será llamarla como una ciencia del espíritu o subjetiva. ¿Cuál es el problema de esta aseveración? pues la metodología ya que en las ciencias comprobables el método establece los pasos para la verificación del experimento en cuestión, se prueba la hipótesis y adquiere el predicado de verdad. Por ello en su obra *Verdad y método* Gadamer precisa:

“Sin embargo el verdadero problema que se plantean las ciencias del espíritu al pensamiento es que su esencia no queda correctamente aprehendida si se las mide según el patrón del conocimiento progresivo de leyes. La experiencia del mundo sociohistórico no se eleva a ciencia por el procedimiento inductivo de las ciencias naturales.”¹⁴⁸

Lo que acontece con las ciencias llamadas del espíritu, es que la forma de verdad de las ciencias exactas es inaplicable al derecho. El test de verdad fue impuesto ya que los primeros saberes del hombre fueron adquiridos en base del error-acierto, así conforme su conocimiento y aplicación. Se trata de un conocimiento objetivo y fue impuesto a las ciencias jurídicas toda vez que con ese instrumental se quiso estructurar la ciencia del derecho. Las aseveraciones sobre la metodología tradicional en nada desmerecen el actuar de las ciencias diferentes a las naturales, la forma en que se estudia y se arriba al conocimiento es distinta y sus formas de validación igual lo son, pero no por ello dejan de tener valor.

“Pero en realidad las ciencias del espíritu están lejos de sentirse simplemente inferiores a las ciencias naturales. En la herencia espiritual del clasicismo alemán desarrollaron más bien una orgullosa conciencia de ser los verdaderos administradores del humanismo. La época del clasicismo alemán no sólo había aportado una renovación de la literatura y de la crítica, estética, con la que había superado el absoluto ideal del gusto barroco y del racionalismo de la Ilustración,

¹⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*, 3ª ed, Salamanca-España, edit. Sígueme, 1977, p. 32.

*sino que al mismo tiempo había dado al concepto de humanidad. A este ideal de la razón ilustrada, un contenido enteramente nuevo.*¹⁴⁹

El inicio del mundo con los primeros hombres se da por una cuestión creacionista de un ser superior y regido por elementos soteriológicos, por lo que una vez rota esta inercia se desarrollan esas ciencias del espíritu que tiene como sello de creación la incertidumbre de sus postulados Gadamer sostiene:

*“El sentido histórico que las ciencias del espíritu crean en su seno trae consigo la habituación a criterios cambiantes que provocan la inseguridad en el uso de los propios criterios”*¹⁵⁰

Esta incertidumbre marca ese constante cambio que en principio hace que el predicado verdad se torne inexistente, contestando que por esa razón el derecho buscó en esas ciencias exactas congraciarse, cuando sus herramientas se encuentran en otra parte y son los discursos, a través de ellos se construye la ciencia y se predicará de la validez o invalidez de los mismos. Por eso Gadamer resalta:

*“Estas son algo específico en el conjunto de las ciencias, porque sus conocimientos presuntos o reales influyen directamente en todas las facetas humanas al traducirse en formación y educación del hombre. No disponen de ningún medio para distinguir lo verdadero de lo falso fuera de su propio instrumental: logoi, discursos. Y sin embargo, en este recurso puede encontrarse el máximo de verdad que el hombre puede alcanzar. Lo que constituye su problematicidad es en realidad su verdadera característica: logoi, discursos, “sólo” discursos.”*¹⁵¹

Se sigue que de acuerdo al método científico si uno recrea las condiciones en los que surgen los fenómenos de la naturaleza estos podrán repetirse, ante eso las aserciones se vuelven universales por esa razón. Sobre las llamadas leyes naturales al respecto Hart opina:

*“Las primeras, que pueden ser descubiertas mediante la observación y el razonamiento, bien pueden ser denominadas “descriptivas” y corresponde al científico descubrirlas; las últimas no pueden ser establecidas así, porque ellas no son enunciados o descripciones de hechos, sino “prescripciones” o exigencias de que los hombres se comporten de cierta manera”*¹⁵²

¹⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 37

¹⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método II*. Salamanca- España, edit., Sígueme, p 44.

¹⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* 49.

¹⁵² HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Página 231.

Un antecedente importante es que al construir los materiales jurídicos se utiliza una comunicación entre los involucrados, esto sucede en todos los saberes, todas las ciencias requieren necesariamente de un lenguaje, esta comunicación es obtenida del lenguaje tradicional y se perfecciona su funcionalidad en lo que llamamos un “metalenguaje”. La lengua en que se habla de otra se designa como metalenguaje, en tanto que esa otra se conoce como lenguaje –objeto. Así, pues, cuando se habla del significado de una expresión lingüística, ello se hace en el metalenguaje; cuando pregunto, por ejemplo:

*“¿qué es el hombre?, no me refiero a una palabra sino a la cosa; no hablo sobre la palabra en cuestión, sino por medio de la palabra; no la explico, sino que la empleo. Las palabras y expresiones sobre las que se habla, y que por lo mismo se explican, se ponen entre comillas para caracterizarlas, distinguiéndolas así de las que simplemente se utilizan”*¹⁵³

De esta guisa se expresa que el lenguaje en el derecho es fundamental ya que en los discursos es lo que se utiliza, el problema con el derecho es la creación de esos nuevos conceptos y que sean utilizados con la debida correspondencia a lo que designan. La dogmática jurídica es una forma de esquematización del derecho, la formalidad expresada en sus conceptos, en sus relaciones, así como la forma lógica en que las estructuras se integran y forman sistemas. Lo anterior explica porque a la dogmática no le interesa estudiar los aspectos relacionados a la valoración del derecho y a la eficacia de éste ya que ese aspecto se encuentra en la realidad del universo que regula el derecho.

La coherencia en el comportamiento de un sistema es analizado, y la funcionalidad es apreciable *prima facie*, pero si no se aplican estos esquemas entonces un aparato intelectual de esta índole es carente de sentido. La dogmática jurídica nos expresa cuando una norma es válida, cuando hay competencia, jurisdicción *et sit cetera*. Se trata de una ciencia eminentemente normativa. La cuestión relativa a la forma de argumentar queda fuera de la dogmática y se toma en

¹⁵³ KELLER, Albert. *Teoría General del conocimiento*. Barcelona- España, Herder, 1988, p. 29.

cuenta cuando existen situaciones referidas a textos abiertos, como los relativos a las costumbres, los usos, la discrecionalidad en la resolución de un juez. La argumentación no se desarrolla en el ámbito de la dogmática, sino en las cuestiones de carácter teórico de cómo debe ser ésta y qué debe de tomar en cuenta para decidir. La interpretación surge de la forma en que se le dará sentido a una norma acorde con el hecho que acaece y las diversas leyes involucradas, como se dijo anteriormente se trata de cuestiones referidas a la tautología.

3.2. La argumentación como proceso en la ley.

En la argumentación ordinaria al momento de la decisión se advierte que la cuestión principal es que la legalidad comprende la regla de competencia y la regla de control, la primera de ellas entendida como quién puede realizar el acto y la regla de control se refiere a cómo debe de hacerlos, esto es delimitar de manera procesal el actuar de los entes estatales, la competencia comprende lo sustantivo y la regla de control comprende a la cuestión instrumental. El derecho abarca tantas conductas relevantes que le interesa que sean reguladas, infinidad de negocios se producen todos los días, algunos serán resueltos de manera convencional sin que implique el desarrollo de una actividad jurisdiccional sino solamente la amigable composición, para el caso de los asuntos que requieran acudir a los tribunales las frases “x es hijo de “y”, fulano no pasa alimentos a su esposa, ni a sus menores hijos, la empresa “x” expidió un cheque sin fondos y se iniciará una causa por eso, es que empiezan siendo declaraciones que cuando se acude a la instancia juzgadora deben ser respaldadas por pruebas, esas pruebas en mayor o menor medida tienden a fundar ese aserto que se ha declarado a través de una petición. Y devienen las situaciones que a veces en la forma de probar las aserciones será el predicado de verdad o falsedad que se le asignará. Por ello los desenlaces en el derecho no son del agrado de los que intervienen en los juicios y que sientan que lo acontecido no ha sido tomado en cuenta. Los negocios en el mundo jurídico suceden a menudo de una manera en la que se perciben los hechos de una forma y se tienen que probar, en el mundo

jurídico se construye una verdad. Siempre es producto de una situación en que los hechos en la mayoría de las situaciones son observados de una manera posterior, en el trayecto han sido modificados los argumentos, han sido olvidados algunos datos y en otras de manera dolosa se han vertido testimonios falsos, el juez que resuelve los casos tiene que fallar sobre dos verdades que son de carácter contradictorio. Ribeiro sostiene:

“Las argumentaciones de las partes en el juicio siempre son incomensurables porque las partes “viven” en mundos diferentes, porque construyen mundos diferentes.”¹⁵⁴

En el desarrollo del juicio siempre existirá una relación directa entre lo que se llama prueba y verdad, en primer lugar se aclara que cuando un juez se expresa sobre que un determinado hecho está probado, se refiere que existen “enunciados probatorios” a los enunciados que declaran probadas proposiciones sobre los hechos.¹⁵⁵ Lo anterior significa que no nace la verdad sobre los hechos mismos, sino que se trata de los enunciados que arrojan la evidencia y que permiten suponer que en el sumario se ha probado tal cosa. Se concluye que la relación entre verdad y prueba es de carácter teleológico; esto es, no adjudica a la verdad ningún papel definitorio en el proceso, sino que es el último propósito de la actividad probatoria. El fin principal y del cual participa la verdad será alcanzar el conocimiento acerca de los hechos ocurridos, cuya descripción y probanza será la premisa que concluya con el procedimiento decisorio.

La experiencia jurídica en la resolución de conflictos y la forma en que se toman las decisiones son complejas, este acto de decisión jurisdiccional opera como un instrumento legal de averiguación de los hechos controvertidos y que tienen relevancia porque así lo consideraron las partes. El proceso implica una secuencia de actividades normalizadas y, entre éstas, en todos los casos, las que tiene una finalidad que es acreditar que un hecho ocurrió y que tuvo existencia real. La

¹⁵⁴ RIBEIRO, Toral, Gerardo. *Retórica Jurídica*, Revista Acta universitaria, Guanajuato- México, Universidad de Guanajuato, 2012, volumen 22, nº 1. Enero-febrero, 2012, pp. 26-34.

¹⁵⁵ FERRER, Beltrán, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Madrid-España, Marcial Pons, 2005, p. 19.

finalidad aparte de indagar nos lleva a una fijación de los hechos, por procedimientos y conforme a criterios que son considerados válidos desde la postura jurídica. Los actores una vez comprendidas las reglas a las que se someten en un juicio es que se accede a la verdad procesal y se dice así ya que está sujeta a las limitaciones procesales de diversas formas. Esta verdad operara casi siempre desde presupuestos procesales con la evidencia empírica que se emplea para cada caso, esto lleva a que se acceda aceptablemente a un grado de posibilidad sobre como pasaron los hechos al momento de tomarse la decisión judicial.

Se evoca que en el caso de la argumentación ordinaria no existe convencimiento para el que juzga la causa, ya que los argumentos en la manera en que se expresen darán cuenta en el sumario que se colmaron o no los presupuestos procesales para dictar una resolución, el hecho de argumentar no significa convencer que sucedió tal situación. En toda argumentación a que se someta un negocio jurídico siempre vendrá de la mano con lo que llamamos los hechos. Los hechos cuando se analiza una demanda pareciera que distan de mucho de lo que es un hecho natural, ya se han escrito de tal manera y se han esbozado para que produzcan una determinada situación en el juez de la causa. Esa aptitud de los datos empíricos para integrar la cuestión principal del derecho se debe a la construcción de una verdad artificial, estos “hechos” resultan relevantes y se les asocia con la legislación regular y con las secuencias jurídicas que trae como consecuencia el actuar de una forma, de esta manera es a través del contenido de los hechos plasmados que se acerca a la verdad jurídica. Los hechos de un proceso no tienen permanencia jurídica en el mundo, puesto que ya pasaron y únicamente pueden constatarse o no, a través de la prueba.

Como se mencionó en líneas arriba lo que importa son los enunciados sobre los hechos de los que trata el proceso, se argumentará de acuerdo a los materiales que se dispone. Los hechos como tales no existen, no se puede predicar su verdad o falsedad, si estos han acontecido de tal forma y si guardan correspondencia con la

realidad. En el proceso, el que pretende lo hace a partir de una afirmación que presentará como cierta y susceptible de acreditarse como tal, y a la que se le atribuirá una aptitud para ser subsumida en una previsión legal, de donde se derivará el efecto jurídico que se persigue. Las partes con los datos del juicio construyen discursos que se narran desde una intencionalidad procesal y se trata de afirmaciones complejas que se estructuran en forma de hipótesis o propuestas de explicación, a las que se acompaña con la indicación de ciertos elementos relevantes que validarán lo asentado y se tornarán en idóneas en su conjunto.

Son proposiciones que aparecen dotadas de verosimilitud, plausibilidad y son susceptibles de integrar el supuesto de hecho de la norma, dado que el objetivo que se busca con una determinada prueba es provocar el efecto jurídico vinculante entre los hechos, la norma y la resolución. La hipótesis creada en el proceso debe de contener un diseño estratégico subyacente, que sugiere un plan de desarrollo de la actividad probatoria y una propuesta de lectura del previsible resultado de la misma dirigida a quién resolverá el juicio. La hipótesis pues sugiere una coherencia entre los distintos elementos integrantes de la cuestión de hecho, que es lo que la hace plausible. Y se ofrece siempre como algo que se puede comprobar a partir de los datos susceptibles de obtenerse acorde a lo que permitan una determinada norma jurídica. Las partes trabajan con tesis contradictorias entre sí, con ella se opera conforme a la metodología hipotético- deductiva que permite el sistema, esto es colegir los efectos reales que tendrían que haberse producido si la hipótesis fuera verdadera, para posteriormente comprobar mediante los medios probatorios si aquellos han sido ciertos. Plantear una hipótesis es fundamental a la hora de iniciar una acción jurídica, el planteamiento debe aparecer capaz de tomar en cuenta todos los elementos relevantes que se dispone, organizarlos y sugerir una explicación a simple vista convincente sobre la forma en que aconteció. La consecuencia de la hipótesis y la forma de probar no podrá en la resolución de ese juicio darnos certeza, lo que nos arroja ese ejercicio es un conocimiento “probable” de la verdad. Al ser examinada de manera crítica los argumentos, si esta resulta de suficiente peso con

lo probado se dará cuenta en la resolución. Lo dicho no significa que al momento de fallar la cuestión sometida a juicio se abra a la posibilidad del error, por ello es de especial importancia operar con los materiales jurídicos que han sido expuestos por las partes y que se formularán a través de inferencias u otros métodos posibles. Lo anterior nos lleva a la conclusión que en el procedimiento no se cuentan con pruebas directas entendiendo éstas como las presenciales de que se narra en las pretensiones judiciales, el juez siempre tiene que tomar en cuenta las probanzas de manera indirecta a través de testimonios, documentos, deposiciones y un sinnúmero de situaciones que al que juzga no le constan de manera directa, aun así la valoración de las mismas se encuentra suscrita a lo que digan los códigos al respecto, de nueva cuenta la legalidad nos dice que conducta asumir en el caso de las valoraciones de las probanzas. En la materia procesal cuando se ofrecen las pruebas no existe un catálogo cerrado que impidan el acceso de diversos medios probatorios, obviamente la forma en que se prueba un hecho debe de ser de la manera en que el método sea idóneo. Ya que en un proceso generalmente las pruebas dan un resultado en el nivel material que se opera, no lo es nunca como lo es la constatación de los hechos, sino que se trata de un complejo de inferencias que se realiza para indagar esa verdad jurídica.

La operación de la cadena de inferencias arroja una verdad en el resultado de la inducción probatoria. En la actualidad el juzgador ha dejado de ser quién resuelve cuestiones empíricas a través de determinados enunciados, ahora con los adelantos tecnológicos el juzgador ha sido un mero rector del proceso las determinaciones se realizan en base a consideraciones científicas. El modo de proceder en el ámbito de la valoración *prima facie* es casuístico. La valoración de los medios probatorios no pasa por ser una cuestión caprichosa, se trata de todo un procedimiento bien reglado que para el caso de la legalidad de la que hemos hablado se postula con la valoración conjunta y que guarda relación con lo que se denomina motivar la sentencia. El conjunto de elementos de la prueba es una versión histórica de los hechos acontecidos en ese caso específico y sobre situaciones de derecho común.

Las resoluciones implican que sean motivadas ya que se requiere un discurso justificativo de por qué razón se eligió tal argumento para esa controversia. La justificación de una resolución se encuentra cimentada sobre elementos legales y que como se ha dicho están establecidos en las premisas de la legislación común, por ello el ámbito de la argumentación se encuentra bastante reglamentado y no vale salirse de ese texto jurídico, pero finalmente se trata de una actividad humana y por ello puede tener fallas o excesos a la hora de decidir. En la llamada primera instancia de los juicios lo que se juzga son los hechos que se les asigna el predicado de jurídicos, como refiere Jerome Frank:

“Por lo tanto, la mayoría de los pleitos son “pleitos sobre hechos”, pleitos en que las decisiones dependen solamente de las creencias de los jueces de primera instancia o de los jurados sobre acontecimientos pasados acerca de cuya ocurrencia se disputa”¹⁵⁶

Se cita al juez Frank ya que como juzgador expone las situaciones que acontecen a los abogados, la forma en piensan y razonan éstos, sobre todo en lo que él llama los asuntos de primera instancia, éstos asuntos que resuelven los problemas cotidianos y que hacen que el mundo marche de manera normal. En la mayoría de los juicios que son presentados para el análisis y juzgamiento ante un tribunal, el juez desde el momento en que realiza la lectura ha tomado una decisión al respecto, el problema es que esa decisión se tiene que justificar, si no encontramos las justificaciones pertinentes para el caso que se juzga entonces lo que se tiene es un pretexto para imponer o dejar de hacerlo un hacer o un no hacer a alguien. Cuando de manera primigenia se analiza un juicio y se observan los hechos, se tiene la respuesta de manera casi inmediata, a eso se le conoce como contexto de descubrimiento. La denominación fue puesta en relieve por Hans Reichenbach y posteriormente por Karl Popper. En su obra *“Lógica de la Investigación Científica”* Popper manifiesta:

“Este no se interesa por cuestiones de hecho (el quid facti? De Kant), sino únicamente por cuestiones de justificación o validez (el quid juris? Kantiano); sus preguntas son del tipo siguiente: ¿puede justificarse un enunciado?, en caso

¹⁵⁶ FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, 3ª ed., México, Fontamara, 2001, p. 37.

afirmativo, ¿de qué modo? ¿es contrastable?; ¿depende lógicamente de otros enunciados?; ¿o los contradice quizá? Para que un enunciado pueda ser examinado lógicamente de esta forma tiene que habérsenos propuesto antes: alguien debe haberlo formulado y habérselo entregado para su examen lógico”¹⁵⁷

La argumentación es en una primera instancia el contexto de descubrimiento y posteriormente la justificación de esta resolución. Atienza en su obra y dándole un cariz jurídico refiere que el contexto de descubrimiento es:

“Así, por un lado, está la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría que seguir la opinión generalizada, no es susceptible de un análisis de tipo lógico”¹⁵⁸

Y el contexto de justificación es:

“El procedimiento consiste en justificar o validar una teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez; está última tarea requiere de un análisis lógico.”¹⁵⁹

Las partes justificarán sus acciones, el proceso de actuación en la consistencia de los argumentos será el resultado de los valores de información y de una impresión inicial. Este proceso inicia con la acumulación de unidades de prueba y con ello la valoración de todos los datos que arrojen cada una de las probanzas ofrecidas y de la tasación que conceda las leyes que se apliquen a esa controversia jurídica. Para el caso de la argumentación jurídica ordinaria el contexto de descubrimiento es inmediato porque intervienen en una mayor medida la experiencia de quién juzga y por ello la justificación está consumada, la situación es relativamente fácil porque la legislación salvo en aquellas normas legales que no incluyen términos claros es cuando se presenta la justificación integradora del derecho, por ello las normas que no son claras producen tantos problemas a la hora del desenlace, pero finalmente la decisión tomada se ajusta a los cánones del derecho ya que el juzgador hace valer esa libre determinación que le concede la legislación misma. En la obra *“Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”* de Alchourrón y Bulygin se toma en cuenta precisamente lo

¹⁵⁷ POPPER, Karl. *La lógica de la investigación científica*, Madrid- España, Tecnos, 1980, p 31.

¹⁵⁸ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2009, p. 4.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

ordinario de los problemas jurídicos en donde intervienen situaciones fácticas. El ejemplo que se brinda en lo que ellos llaman la “reconstrucción del sistema normativo”¹⁶⁰ da cuenta de esa actuación cuando explica la procedencia de la “acción reivindicatoria.” Lo anterior se recrea en forma de diagrama y los problemas serán las lagunas que se colmarán en cuanto a que finalmente el juez tendrá que integrar la norma. Recapitulando lo que se intenta es dar solución precisamente a los problemas que se presentan a diario en la vida, contrariedades con la propiedad, los testamentos, el matrimonio, las compraventas, *et sit cetera* comprenden el universo de soluciones, pero todas ellas dada desde la visión de las normas establecidas en los códigos.

Tomando como ejemplo de la argumentación tradicional se cita como ejemplo la reivindicación que se encuentra en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro de los bienes inmuebles en contra de terceros poseedores. La pregunta nodal será en que caso procede dicha acción. En primera diremos que el numeral 4º del libro antes citado dispone:

“Artículo 4. La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa de la cual tiene la propiedad; su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y que se la entregue el demandado con sus frutos y acciones, en los términos prescritos por el Código Civil del Estado de Querétaro.”¹⁶¹

Se crea un sistema normativo para presentar de una manera gráfica la procedencia de la acción reivindicatoria. En una primera situación quién tenga un bien raíz y no tenga la posesión del mismo podrá hacer valer ese derecho. ¿Cómo se demuestra la propiedad? Pues a través de un título idóneo que la misma legislación le de ese carácter; la segunda condición es qué se encuentre desposeído de la cosa de la cual es propietario. Esto se trata de un hecho que será probado y el último que será accesorio es que si los hubiere que se entreguen los frutos que hayan producido en la finca. Si estos tres elementos se colman la procedencia de la acción será inminente. ¿Qué puede argumentarse en contra? La verdad poco, ya que el régimen

¹⁶⁰ ALCHOURRÓN Carlos y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 7.

¹⁶¹ QUERÉTARO: Código Civil para el Estado de Querétaro. 2014, Artículo 4º.

de la acción reivindicatoria el texto de la ley es diáfano, por ello la argumentación para negar la acción por parte del juez de la causa será poca, no podrá alegar en su resolución: qué el dueño del predio en controversia tiene muchos más bienes y que el poseedor del bien raíz en disputa no es propietario de alguno y que por justicia declarará la acción como no procedente. De ninguna forma pudiera tenerse como válida una explicación de esta naturaleza, la razón es porque la hipótesis normativa pide que se colmen ciertas condiciones.

3.3. La argumentación de la legalidad.

El sistema normativo creado para la resolución de un caso concreto no permite tomar nada fuera de ese modelo normativo. Por ello no se evitará la salida del texto legal y como se ha repetido se realiza de manera tautológica la aplicación del derecho. En este caso expuesto lo que se discute es una situación regulada y acorde con la materialidad ya que la decisión la característica que deberá de reunir es que el juez sea competente y que además fundamente y motive su resolución acorde a las situaciones del caso en particular. Con lo antes descrito se explica la resolución a un caso desde el punto de vista de la legalidad y del debido proceso, pero qué pasa cuando una persona acude un tribunal y la resolución al ser desfavorable a sus intereses considera que no ha sido resuelta de una manera correcta, dependiendo la materia podrá acudir a los recursos legales contemplados en la misma legislación, pero al final podrá ir al llamado juicio de garantías en donde se juzgue si el togado se ajustó a lo que la legislación regular prescribe y si en ese actuar fueron violados los derechos humanos del justiciable.

Estaremos ante un escenario que atañe a la materialidad constitucional pero vista desde el prisma de la legalidad. Citaré el caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana cuando liberó a una presunta culpable de origen

francés que se le acusaba de haber cometido el delito de secuestro.¹⁶² El asunto antes mencionado fuera del área mediática y el vendaval político que desato entre Francia y México se analiza desde la perspectiva jurídica y desde el ámbito de la argumentación. La historia comienza con una ciudadana francesa que fue aprehendida y acusada de ser secuestradora junto con su novio de origen mexicano. Ambos fueron aprehendidos *dixit* de las autoridades en flagrancia y en un *raid* por parte de la policía mexicana fueron liberados las personas que tenían secuestradas y en apariencia se trató de una acción de rescate por parte de las autoridades policiacas mexicanas. Resultó que tiempo después se tuvo conocimiento que la escena en donde sucedieron los hechos fue alterada, la supuesta secuestradora por su origen extranjero y acorde con los tratados internacionales debió gozar de la prerrogativa de llamar al gobierno francés para que se le otorgará la ayuda consular y además se dice que los testigos mintieron a la hora de las deposiciones. En general las autoridades ministeriales mexicanas fueron acusadas de infinidad de acciones y de omisiones por parte de los inculpados.

En el juicio penal el personaje de esta historia fue condenada por un juez de primera instancia a sesenta años en prisión. No estando de acuerdo con la resolución de primera instancia acudió al recurso de apelación que la ley prevé para estos casos mismo que corrió la misma suerte que la sentencia de primera instancia. Ante este nuevo revés acudió a la instancia protectora de los derechos humanos el juicio de amparo que en una primera definición confirmó la pena privativa de libertad, posteriormente a través de la figura de amparo en revisión que promovió se examinarían y se interpretarían los preceptos constitucionales acordes con la legislación penal. En este caso lo que se consideró por el tribunal supremo de justicia del país fue el actuar de las autoridades, se trató de un asunto en que la autoridad judicial puso en tela de juicio si las autoridades policiacas y el ministerio público ejercieron las atribuciones acorde a lo que prescribe la Constitución Mexicana. La

¹⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Amparo directo en revisión 517/2011. (Documento web) 2013. https://www.scjn.gob.mx/pleno/documents/proyectos_resolucion/adr-517_2011.pdf 23 de enero de 2013

sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación otorgó el amparo y protección de la justicia federal a la ciudadana francesa y los principales argumentos por parte de su defensa fueron los siguientes: En su primer argumento señaló que se violó el principio de buena fe ministerial contenido en el artículo 21 veintiuno de la Constitución. Ya que las autoridades policiacas realizaron un montaje televisivo en donde modificaron lo que realmente había sucedido y alteraron la escena del crimen e hicieron como si se tratara de un rescate en tiempo real filmado por las cámaras de televisión para que las audiencias vieran la eficacia de la policía mexicana. El segundo argumento vertido por la defensa de la francesa es que no fue puesta a disposición sin demora como lo establece el numeral 16 de la Carta Magna mexicana. En el tercer argumento declaro que los coimputados que depusieron contra ella sus confesiones fueron arrancadas por tormentos y por esa consecuencia son obtenidos de manera ilícita con lo que se vicia el debido proceso.

En su cuarto agravio reclama que se violó el derecho fundamental a ser informada de la asistencia consular y que se encuentra prevista en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares teniendo como consecuencia que el proceso se haya viciado. Además de que se trasgredió el principio de supremacía constitucional contenido en el numeral 133 de la Constitución mexicana. Se menciona en su quinto agravio que se dejó de valorar de manera correcta las pruebas y con ello se violaron los principios de congruencia y exhaustividad con lo que se falta a la debida fundamentación y motivación que deben de tener los actos de las autoridades, máxime una resolución. Como última defensa esgrimida en su recurso se encuentra la transgresión al derecho fundamental a ser presumido como inocente y que ese derecho opera frente a los tribunales establecidos. El máximo tribunal de México a través de su primera sala clasifico dichas defensas en las siguientes categorías:

Temáticas relacionadas al principio de constitucional de presunción de inocencia relativos a los artículos 14, 16, 17 y 20 apartados A y B, fracción I de la

Constitución. Alcances, límites y repercusión tanto procesal como sustantiva de la cláusula referente a la detención del inculpado y su inmediata puesta a disposición de la representación social ministerial relativa a los numerales 16, párrafos cuarto y quinto de la Constitución Federal. Definición de conceptos relacionados con el derecho fundamental de debido proceso en la materia penal conforme a los artículos 14, 16, 17 y 20, apartados A y B de la Carta Suprema mexicana. Defensa adecuada y defensa adecuada en la modalidad especial aplicable a extranjeros sujetos a proceso penal en México conforme al derecho a la asistencia consular para la culturización del proceso que se traduce en un derecho humano fundamental de orden convencional y, por ende, de carácter constitucional desprendido del artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

La sentencia de mérito en lo sustancial se refiere a las situaciones de la Constitución y la legalidad, no se plantea en este problema más que la forma en que la Suprema Corte de Justicia argumentó para dejar en libertad a la ciudadana francesa. La resolución en esencia que permitió la libertad de la extranjera fue en específico sobre los siguientes puntos. En el considerando sexto de la sentencia analizada establece el poder judicial:

“Nos enfrentamos a un caso de excepción, en el que, el análisis de las cuestiones de constitucionalidad relatadas en el considerando cuarto de esta sentencia, conduce directamente a considerar que los temas de legalidad resueltos se ven afectados por la interpretación constitucional esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ello debido a que, la circunstancia agravante de lo que se ha denominado “escenificación ajena a la realidad”, generó un efecto corruptor en todo el proceso penal y vició toda la evidencia incriminatoria en contra de la recurrente. Lo anterior no rompe con la lógica del juicio de amparo, en el sentido de que en nuestro estudio se limitará a aquellos aspectos de las sentencias revisadas que pueden verse afectados por la violación de un derecho fundamental, provocado por una indebida actuación de la autoridad llevada a cabo fuera de todo marco constitucional y legal.”¹⁶³

En una primera conclusión se trata del análisis del debido proceso que no fue respetado por la autoridad al viciar el juicio alterando la escena del crimen y

¹⁶³ Op. cit. p. 74.

recreando situaciones que no acontecieron en tiempo real, eso trasciende a la esfera del gobernado ya que se viola el derecho fundamental del debido proceso. Luego se desprenden de la resolución dictada los siguientes principios o directrices:

- I. El derecho a la notificación, contacto y asistencia consular.
- II. El derecho fundamental del detenido a ser puesto a disposición inmediata ante el Ministerio Público.
- III. El derecho fundamental a la presunción de inocencia.
- IV. Por último, el considerando séptimo dispone lo siguiente:

“SÉPTIMO: Por todo lo anterior, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que por las circunstancias específicas de este caso, la violación a los derechos fundamentales a la notificación, contacto y asistencia consular; a la puesta a disposición inmediata del detenido ante el Ministerio Público y a la presunción de inocencia- en los términos aquí expuestos-, que permearon en todo el proceso, al producir en este un efecto corruptor, de tal manera grave, que indudablemente afectó el cumplimiento del derecho fundamental del debido proceso legal por parte de las autoridades responsables. Por lo que debe de revocarse la sentencia y conceder a la quejosa el amparo y protección de la Justicia Federal que solicita”¹⁶⁴

De las partes nodales del juicio penal que confronto a los poderes del Estado Mexicano, así como a dos naciones se evalúa que la materialidad de la argumentación está relacionada a la legalidad y confrontada con el espectro constitucional, la argumentación, aunque crece sigue siendo una facultad reglada en donde todavía se aplica la tautología para la resolución de los casos.

3.4. Las normas constitucionales.

Atienza, Dworkin y Alexy entre otros han escrito sobre los casos llamados trágicos o difíciles, ríos de tinta han corrido al explicar la forma de resolver estos asuntos que parecieran hacer del derecho un instrumento que resuelve los problemas de manera aparentemente justa-injusta. Este predicado se utiliza en cuanto a que el juzgador que resuelve un conflicto jurídico al construir su sentencia sabrá que ésta alguna de las partes no quedará conforme con el pronunciamiento y

¹⁶⁴ Op. cit. p. 158.

el efecto causado será tan importante que ocupará las primeras planas de los periódicos. Habrá un interés por parte de los *mass media* y en el pasado reciente las redes sociales se erigirán en un moderno tribunal quienes de nueva cuenta darán un veredicto sobre la controversia. Pero realmente ¿se puede discutir qué existen casos difíciles? o más bien ¿serán situaciones jurídicas que nunca habían sido resueltas? Desde mi perspectiva lo que existe es un caso novedoso, por esa razón nunca resuelto, en la mayoría de las veces relacionado con los derechos humanos y que deja abierta la posibilidad de ser resuelto y establecer un precedente. En ese aspecto lo que se juzga por primera vez son situaciones de la naturaleza constitucional y por ello se interpreta un texto constitucional que se relaciona con la legislación ordinaria y con el hecho acaecido, el resultado será dar lineamientos suficientes para que en situaciones similares se uniforme el criterio de resolución de controversias.

En esos casos nunca resueltos la argumentación constitucional es la que se utiliza, ya que no opera la tautología, aunque muchos profesionales del derecho cuando hablan al respecto engolan la voz y exponen: es que la Constitución mexicana dice en su artículo “x” esto. En honor a la verdad la Carta Magna no dice nada, quién lo dice es el profesional del derecho, el jurista, el filósofo, lo importante es contestar la pregunta: ¿Cómo arriban a las conclusiones de que el sentido del artículo constitucional es éste o aquél? ¿Cuál es el procedimiento que se sigue para que se declare una pretensión de ese tipo? ¿Cuál es la epistemología que se ha creado al respecto para considerar que se debe de resolver de tal manera? En primer lugar, tendremos que hacer una diferenciación entre las normas ordinarias y las normas constitucionales. Generalmente cuando hablamos de las normas ordinarias, entendemos esta relación como:

A toda n entonces debe ser p

En la aplicación de estas normas no se encuentra problema alguno, éste se presenta cuando un individuo refiere que una ley u ordenamiento viola los derechos humanos, es cuando la Constitución se interpreta, existe la posibilidad de colisión

entre las normas emanadas de la Constitución que generalmente les hace falta predicado porque no suponen la relación n entonces p , empezamos así con un problema de indeterminación, el constructo puede enunciarse de la siguiente manera

Si n entonces *nada*

El argumento central de lo expuesto explica que las *normas* de la Constitución pueden ser entendidas como una forma de argumentación. ¿Cuál es el caso de que existan infinidad de *normas* en la Constitución? Es claro que la argumentación de la Constitución es para llenar que:

En el caso de n entonces debe ser p

En la aseveración anterior está inmersa la argumentación, de lo contrario tendríamos exclusivamente lo relativo. Afirmamos que en la Constitución existen razones, si las hay se pregunta ¿Cuáles son esas razones? y también ¿qué se tiene que hacer para comprender que se trata de razones constitucionales? La Constitución como texto se ha indicado que es producto de una serie de enunciados creados como un vértice superior para darle permanencia al orden jurídico y éstos se encuentran abiertos. Cuando explicamos la forma en que se argumenta de manera ordinaria (ley) nos referimos a la legalidad, ésta se refiere a un campo de situaciones que acontecen y que la experiencia ha indicado la forma de resolución, cuando existe un caso “difícil” es cuando interviene la argumentación constitucional porque no existe experiencia previa de resolución. En el año de 2001 la Suprema Corte de México resolvió un juicio en un tema de extradición y el dilema era si la prisión vitalicia en caso de que un mexicano fuera extraditado a otro país y fuera condenado a cadena perpetua constituía una pena inusitada. La tesis de la Corte resolvió que si se aplicaba la pena de por vida existía violación al artículo 22 de la Constitución toda vez que se trata de una pena inusitada, prohibida y por ello no debía concederse el traslado. Años después el mismo órgano resuelve que no es inusitada la pena que se aplicará a un connacional si esta es cadena perpetua ya que no es de las prohibidas

por el artículo 22 de la Constitución. Se transcriben los dos rubros de las citadas jurisprudencias para mejor apreciación.

*Extradición. La pena de prisión vitalicia constituye una pena inusitada prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que para que se tramite aquélla, el estado solicitante debe comprometerse a no aplicarla o a imponer una menor que fije su legislación.*¹⁶⁵

*Extradición. La prisión vitalicia no constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que cuando aquélla se solicita es innecesario que el Estado requirente se comprometa a no aplicarla o a imponer una menor que fije su legislación.*¹⁶⁶

¿Cuáles fueron las razones que el máximo tribunal tomó en cuenta para modificar la jurisprudencia cuando apenas transcurrió un lustro? A lo mejor las condiciones materiales del país fueron razón importante, pero lo más trascendente es que los temas relacionados con los derechos humanos y que no han sido juzgados, la verdad jurídica emitida por el máximo tribunal se convierte en una verdad convencional tomada por una curia de notables buscando los intereses institucionales. Sobre ese respecto Ribeiro expresa:

*“Los jueces, siempre, son parte del proceso porque reivindicar intereses institucionales. Los intereses de las partes siempre están asociados o a su libertad o a su patrimonio o a cualquier otra reivindicación de sus intereses particulares. Los intereses de los jueces están siempre asociados a sus pre interpretaciones de la ley. Los jueces no tienen, ni deben tener, intereses personales en los juicios, pero los jueces tienen y deben de tener intereses institucionales en los juicios. Esos intereses institucionales son las interpretaciones legales, son los modos de entender y argumentar los enunciados jurídicos.”*¹⁶⁷

Retornando al tema de la legalidad, si en el Código Civil se encuentra una hipótesis que prescribe la forma en que procede la acción reivindicatoria esta hipótesis operara si y solo si se sigue los presupuestos que prescribe las normas en ese sistema. Las respuestas vienen de la experiencia, de lo vivido y de la corrección a través de las normas cuando ha existido un abuso o un quebrantamiento de éstas, la legislación regular precede a los hechos, cuando estos acaecen ya se encuentran

¹⁶⁵ Tesis P./J. 125/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIV, octubre 2001, p. 13.

¹⁶⁶ Tesis P./J. 2/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero 2006, p. 5.

¹⁶⁷ RIBEIRO, Gerardo. *Verdad y Argumentación Jurídica*, México- D. F. Porrúa-Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guanajuato, 2015, 4ª. Ed., p. 221.

regulados. Los hechos, actos sobresalientes relacionados con la Constitución, los derechos humanos que requieren ser resueltos y aunque la norma constitucional precede a los hechos nunca se ha pronunciado un tribunal al respecto y será hasta el momento en que es denunciada la controversia que se procederá a valorarlo, no es una situación apriorística. Cuando se investigó en los capítulos precedentes el fallo Marbury versus Madison se citaron algunos casos juzgados por la Suprema Corte Norteamericana referidos a los derechos. Se aludió al precedente Dred Scott versus Sandford que estableció por primera vez que una ley expedida 37 años antes, en el año de 1820 el llamado compromiso de Missouri prohibía la esclavitud al norte de la latitud 36° 30' era inconstitucional. Esto hizo que muchos afroamericanos que eran libres por esta sentencia pasaron a ser esclavos nuevamente. ¿De qué manera se arribó a esas conclusiones? y ¿cómo se estudiaron esos casos para argumentar una sentencia? ¿Cuál será el *sustratum* racional que deberá de contener esa resolución? Por ello se llama argumentación constitucional porque la forma de construcción es distinta a la argumentación ordinaria. La revocación que se decretó en el caso de los Estados Unidos, obedeció más a un cálculo de política y gobernanza.

La Constitución hemos mencionado es la base de todo orden y sistema jurídico, los enunciados abiertos permiten moldear las bases del futuro de un país y de manera abstracta conocer las aspiraciones individuales del elemento humano. Pero este ideal ¿cómo se delinea? De qué manera se crea la entelequia que pretende asignar el predicado de justo o injusto. La justicia entendida como el cambio de una situación que perturba y que dispone de una voluntad para modificar esa conducta que altera para que no se repita. Esa voluntad transforma los estándares de irregulares en regulares, comenta Vilajosana:

“El hecho de que, por ejemplo, se logre un jaque mate en ajedrez de tal y cual manera, podría tomarse bien como una regla, bien como una verdad analítica basada en el significado de “jaque mate en ajedrez”. Ésta sería una de las claves para considerar que una regla es constitutiva. Searle considera, además, otro criterio complementario de distinción: mientras que las reglas regulativas tienen característicamente la forma “haz X” o “si Y haz X”, las reglas constitutivas, aunque

a veces podrían adoptar también esa forma, algunas tendrán la forma "X cuenta como Y" o "X cuenta como Y en el contexto C". Searle resume en dos afirmaciones esta caracterización: i) "la creación de reglas constitutivas crea, por así decirlo, la posibilidad de nuevas formas de conducta; ii) "las reglas constitutivas tienen a menudo la forma: "X cuenta como Y en el contexto C."¹⁶⁸

¿De qué manera se actúa acorde a la Constitución? Apuntamos que la Carta Magna produce en cuanto es resuelto un disenso, el predicado de constitucional o inconstitucional, el principal reto que tiene la interpretación de la Constitución es que no puede predicarse de ella la materialidad de sus enunciados ya que como son abiertos no tienen una respuesta inmediata. Los enunciados de la Carta Magna son de textura abierta y una vez que es interpretado un texto constitucional, una vez que es argumentado no decimos que se predique sobre la verdad o falsedad del enunciado, lo único que se realiza es añadirle el predicado "constitucional" o "inconstitucional" y se realiza una justificación sobre dicho texto. Uno de los rasgos de la Constitución es su inmanencia, ésta genera certeza a los gobernados, aunque pase el tiempo no necesita ajustes mayores, la forma en que se encuentra redactada permite la sustentabilidad, esto es, mantiene las funciones actuales y está preparada para mantener las del futuro. En una primera aproximación a esta forma de argumentar será sobre situaciones que se crearan en un contexto lingüístico ya que partimos que en el análisis de los casos existirán en el universo de proposiciones situaciones que tendrán en un momento dado que valorarse, algunas objetivas, otras subjetivas y una tercera llamada intersubjetiva, esto como lograr que operen los contextos antes mencionados en uno solo y desemboquen en una resolución.

Lo objetivo es aquello que puede ser explicado desde el método científico, una vez recreadas las condiciones que repetirán el fenómeno, esta forma de investigar se produce en un determinado campo de saberes casi siempre relacionado con las ciencias naturales. Para citar un ejemplo, se tiene la prueba de paternidad,

¹⁶⁸ VILAJOSANA Josep. *El Derecho en acción*, España, Marcial Pons, 2010, pp. 20-21,

que comprobará que el sujeto demandado es el padre de un niño, será la pericial en genética del ADN la idónea, esta prueba una vez que se colmen las condiciones que prescribe la biología darán con un alto porcentaje si procede el juicio de filiación.

El otorgamiento del premio Nobel a diversos científicos por sus descubrimientos en ciencias es llevado a cabo por un comité de expertos y la decisión hace ganador a alguno, pero quién puede elegir a alguno de los ganadores, otros que entiendan ese lenguaje, pero es definitivo que la forma de comunicación utilizada por los científicos no será utilizada por el común de la gente. La característica de esta ciencia es su acceso a medios de comprobación y por ende de iteración. De nueva cuenta se deja esa elección a un consejo de notables (decisión convencional) que eligen a un determinado individuo por los avances aportados en sus investigaciones. Las cuestiones subjetivas lo que admiten en todo caso es una interpretación de lo que se percibe, se piensa obvio con la carga emotiva que implican las experiencias del sujeto que conoce, además sus principios, valores y demás situaciones propias del ser humano. Lo importante será la interpretación que se haga sobre determinadas situaciones que han alcanzado el nivel jurídico, la trascendencia del predicado “jurídico” es la base para encontrar soluciones a realidades que nunca han sido resueltas.

Dilthey realiza una división de las ciencias, las llamadas naturales y las sociales, ya que se trata de paradigmas distintos en cuantos a los objetos. Las ciencias histórico sociales son parte de las llamadas ciencias del espíritu y tiene como contrarias a las ciencias de la naturaleza por el campo de investigación que considera que existe diversidad en cuanto a la metodología utilizada y, solamente puede ser comprendida en cuanto a las realidades estudiadas, esto es de acuerdo al sujeto que investiga y la realidad estudiada, en cuanto al estudio de las ciencias naturales ese estudio se realiza sobre un mundo que en un principio es extraño y en las ciencias del espíritu es el mundo humano al cual pertenece el sujeto. Las ciencias del espíritu comienzan su andar en la inmediatez de la experiencia vivida que el

hombre tiene en su mundo y que nos lleva al producto final que es la comprensión. Las ciencias llamadas exactas se valen de la categoría causa efecto y es a partir de la causalidad que construyen el conocimiento y enuncian leyes universales de un mundo que siempre será extraño, esa mundanidad del hombre se encuentra en constante relación. En el llamado positivismo de Comte a través de las hipótesis se explican situaciones objetivas y comprobables. De la parte social se interpreta la realidad social y los sentidos de acción. Ambas formas del pensamiento corren como líneas paralelas, en cuanto a la metodología son distintas. Por ello aparece la intersubjetividad que se arraiga a situaciones relativas a la fenomenología, esto es que depende de las situaciones vivenciales de cada individuo.

El sujeto le atribuye un significado y hay otros sujetos en la misma situación y más allá del lenguaje al nombrar las cosas lo que arroja esta relación entre los sujetos es que puede obtenerse conocimiento al establecer esta interrelación ya que al momento de discutir un tópico se hace desde un parámetro espacio temporal y de eso se obtiene el significado. Aprendemos definiciones en el lenguaje y entendemos el significado sean estos objetivos o subjetivos. El lenguaje si bien es cierto nos otorga un marco referencial es necesario que este signifique lo mismo con los que participan en un coloquio sostiene, al respecto Habermas:

“Los significados simbólicos surgen de una subjetivización o interiorización (Verinnerlichung) de esas estructuras objetivas de sentido. Y como éstas particularmente visibles en el comportamiento animal, Mead trata de explicar el nacimiento del lenguaje suponiendo que el potencial semántico que las interacciones mediadas por gestos comportan queda convertido, mediante internalización del lenguaje de ademanes, en símbolos utilizables por los propios participantes en la interacción.”¹⁶⁹*

Significa que el conocimiento se adquiere a través del lenguaje, pero debe ser entendido por el sujeto que conoce y entonces un conjunto de individuos al

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II*. México- D. F., Taurus, 2002. p. 17

hablar de un concepto, éste debe estar interiorizado para que se sepa que se habla de lo mismo sobre ello Habermas sobre el respecto explica:

“Pero este modelo sólo ilumina la adopción de la actitud del otro desde uno de sus lados. Permite ver que la relación intersubjetiva entre participantes en la interacción, que adoptan una actitud los uno frente a los otros y toman postura recíprocamente frente a sus respectivas emisiones, se reproduce en la estructura de la relación de cada uno consigo mismo. Más, por otro lado, esa subjetividad de orden superior, que se caracteriza por no poder relacionarse consigo misma más que medianamente, es decir, a través de las complejas relaciones con los otros, supone una mudanza en la estructura global de la interacción. Pues cuanto más complejas sean las actitudes de alter que los participantes en la interacción han <de trasladar a su propia experiencia>, tanto más se desplaza lo que ex antecedente, en virtud de propiedades sistémicas, une a los participantes en la interacción (en un principio, pues, a los organismos), del plano de las regulaciones instintivas innatas para cada especie al plano de una intersubjetividad generada comunicativamente, condensada en el medio de los símbolos lingüísticos y asegurada, finalmente, por tradición cultural.”¹⁷⁰

Los sujetos actúan por un proyecto que surge de la actividad que intencionalmente acude al objeto de estudio porque intenta desentrañarlo, crea un contexto significativo en cuanto interactúa con situaciones como pueden ser la corporeidad y la temporalidad. Hipotéticamente si pudiéramos clonar a Hipócrates el médico y lo trajéramos a la era actual a lo mejor para ser el médico relevante que fue en su época tendría que estudiar nuevamente la carrera de medicina, el motivo sería que el conocimiento que tenía en su tiempo y el instrumental usado era básico, con los descubrimientos de la ciencia esto ha cambiado y ese conocimiento ahora lo tiene un alumno de primer año de la carrera de medicina. Si realizáramos lo mismo con Sócrates por tener una referencia y trajéramos al filósofo de nueva cuenta, el ateniense nos sorprendería que después de algún tiempo sería nuevamente el filósofo agudo que se conoció. La causa sería que la forma de aprehensión de ambos personajes es distinta y su espacio- tiempo sería distinto en ambos casos, pero en el filósofo seguiría siendo el ser y el conocer.

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. Op. cit. pp. 19-20

Para el ejemplo mencionado tenemos dos posturas, la primera de ellas dada en la subjetividad que otorga a veces la filosofía con un personaje como Sócrates y por el otro lado es Hipócrates que ha aprendido su oficio a través de experimentación y con el tiempo de la experiencia y la medicina ha funcionado así por siglos. La argumentación constitucional para que cumpla su función trabajara para resolver los casos que le son presentados y como se ha dicho no exista resolución alguna para el caso a juzgar hasta ese momento. Las situaciones complejas son resueltas desde la argumentación como proceso, esto es a través de una forma reglada y de los que participan, cada uno de ellos tiene una propia cosmogonía que influirá en la forma de resolver, pero es una realidad que si se toman en cuenta los criterios objetivos y subjetivos que trae cada uno de los problemas a resolver es que aun cuando se tenga una idea pre-construida sobre ciertos tópicos la posición abierta al dialogo y lo evidente de la argumentación permitan tomar decisiones que resulten válida para los otros casos similares.

Es definitivo que cuando existe la argumentación se toman los datos de las posturas objetivas, subjetivas y existe un diálogo que sitúa en una primera instancia un problema en particular y posteriormente encontrar la solución mejor a esa contrariedad es que puede realizarse. La progresividad que ha tenido la sociedad y que en una última instancia se referencia en el tipo de derecho que tiene cada sociedad verbigracia: en el año de 1961 fue reconocida con el premio Pulitzer la obra llamada "Matar un ruiseñor", novela de la autora Harper Lee. La obra narra la vida de la gran depresión que afectó a todos Estados Unidos, la historia se desenvuelve el sur, en esa época racista, en donde el color de piel definía el destino de un individuo desde el nacimiento hasta la muerte.

La defensa legal de un hombre afroamericano que es acusado de violación y enjuiciado por la sociedad blanca de la época, es llevada a cabo por un abogado padre de la protagonista, censurado por defender negros. El abogado defiende su postura porque lo cree justo y no establece una diferencia entre negros y blancos.

Para los nacidos en tiempos recientes no existe dilema de realizar una diferenciación por el color de piel (discriminar) al menos en la teoría. El discurso de la segregación racial es visto como decimonónico y no sujeto a nuevas explicaciones. Ahora es entendido el alegato normal de la convivencia pacífica de todos los seres humanos sin importar la raza, el credo religioso, así como todas aquellas situaciones que establezcan diferencias negativas entre los seres humanos. El discurso sobre la segregación racial ahora nos parece que no debe ser ni discutido, pero en el siglo del descubrimiento de América éste no era ni tomado en cuenta como un alegato serio, en los libros de los presbíteros Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas que en algún momento tuvieron un diferendo al respecto y de una misma situación que acontecía tenían visiones distintas, así como de las consecuencias que vinieron por los conquistadores. Una de esas consecuencias fue el comercio de los esclavos traídos de África, en ese tiempo era lo normal la diferenciación por el color de piel.

Con el transcurso de los años, esto cambio y se aceptó la igualdad de los individuos sin hacer diferencia por el color de piel, el paso hacia esa igualdad no fue fácil, en el año de 1963 dos años después de la publicación de la novela antes mencionada Vivian Juanita Malone Jones se matriculó en la universidad que se encontraba vedada para los afroamericanos. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el año de 1956 dictó una sentencia en donde condenaba el segregacionismo y otorgaba a los afroamericanos plenos derechos para cursar estudios universitarios. Ahora bien las decisiones muchas veces son tomadas por la mayoría, arraigadas a una práctica social y puede darse el adjetivo de morales, valores o de cualquier otra forma ¿pero hasta qué punto pueden ser válidas? Aquí interviene lo que llamamos racional o con racionalidad, sobre todo en estos tiempos en donde la sociedad, las cuestiones relacionadas con la naturaleza y la globalización puesta en su modo más revelador a través de la economía.

Aquí el derecho no puede seguir manifestando sobre la base de un saber totalizador. En la toma de decisiones jurídicas tomadas generalmente por un cuerpo colegiado se dice siempre que estas deben de tener un cariz altamente racional, pero surge la pregunta porque debe ser racional la decisión y a que llamamos que sea racional. La ciencia de la naturaleza lo que se hace es observar fenómenos naturales, tratar de explicarlos, encontrar la forma de repetirlos y una vez hecho lo anterior que sean útiles para un propósito. Cuando el hombre temple los metales y aprende a crear herramientas y las elabora con un proceso fabricación en serie comprueba que se ha llevado a cabo hasta la saciedad el procedimiento el cual por cierto es avalorativo, tal vez haya mejoras como la creación del acero inoxidable pero una vez que se tiene un cuchillo por citar un ejemplo, éste puede ser utilizado para cortar un pedazo de queso o pastel o para amenazar a alguien para que entregue su dinero. El uso correcto del utensilio de cocina será la racionalidad de quién lo utiliza. La racionalidad entonces será un proceso que se toma y se analiza desde varias perspectivas, sobre ese respecto Habermas ha dispuesto:

“La racionalidad en sus manifestaciones (Äusserungen) se mide por las relaciones internas que entre sí guardan el contenido semántico, las condiciones de validez y las razones que en caso necesario pueden alegarse a favor de la validez de esas manifestaciones, a favor de la verdad del enunciado o de la eficiencia de la regla de la acción”¹⁷¹

La racionalidad occidental al menos se encuentra sostenida por tres pilares fundamentales que son: la economía capitalista, el estado y el derecho positivo. La economía capitalista entendida como la liberación de mercancías y de flujos de moneda que traspasa fronteras y que trabaja a través de una institución llamada Estado que tiene todo un *substratum* llamado derecho positivo y que se ha exacerbado a través de la llamada globalización que ha logrado a través de la rapidez en las comunicaciones uniformar estilos de vida, ideologías, formas de vestirse, escuchar música etcétera. Esa economía capitalista resuelve los problemas y si no tiene la solución a la mano, los dilata ya que la finalidad es obtener una

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid-España, Trotta, Madrid, 2010. p. 32.

ganancia de cualquier actividad. Su racionalización es la utilidad, por ello colisiona con el tema de las resoluciones de los derechos humanos, ya que intenta resolverlas con el mismo rasero de la ganancia y es la diferencia en la tabla de medición de la argumentación constitucional.

Por ello la racionalidad individual es que aprenda a controlar su entorno de la mejor manera. Si traspaso la ley estaré en problemas, lo mejor es adaptarme a mi condición y trabajar en el medio que me corresponde de lo contrario mi vida estará en una continua incertidumbre. La sociedad entonces actúa de forma racional, con arreglo a fines que se orienta en su acción por los fines, los medios con los fines, los fines con las consecuencias colaterales y los distintos fines posibles. Habermas cita a Bendix en cuanto a lo que se entiende por estado de derecho y para nuestro parecer ese estado de derecho puede ser catalogado como la racionalidad jurídica. Transcribimos lo relativo al estado de derecho:

“Cualquier norma puede estatuirse o positivarse como derecho, con la pretensión y expectativa de que será obedecida por todos aquellos que están sujetos a la autoridad de la comunidad política.

El derecho en conjunto constituye un sistema de reglas abstractas, intencionalmente estatuidas, y la administración de justicia consiste en la aplicación de esas reglas a casos particulares. La administración estatal está asimismo ligada por reglas jurídicas y se ejerce conforme a principios generales, que pueden señalarse cuáles son, que han sido objeto de aprobación o que por lo menos pueden suponerse aceptados.

Quienes ocupan posiciones de autoridad no son señores personales, sino superiores que temporalmente ejercen un cargo en virtud del cual poseen una autoridad restringida.

Las personas que obedecen a la autoridad legalmente constituida lo hacen como ciudadanos, no como súbditos, y a quien obedecen es a la <ley> y no al funcionario que la impone.”¹⁷²

La anterior acepción sobre la racionalidad nos lleva a otro concepto simbiótico que es la validez. En este orden de ideas ¿qué entendemos por validez en su relación con lo racional? Para hablar de validez *in genere* es necesario pronunciarse sobre los contextos en que son creadas determinadas premisas, los

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 205.

campos de acción hacen coextensivo de manera obligada las decisiones que se toman. Vale como ejemplo la encíclica papal llamada Laudato si' en donde se realiza un alegato a favor de la ecología por la explotación indiscriminada por el hombre y que para el caso de no prestar atención a los síntomas que se están viviendo traerá como consecuencia un colapso ambiental de proporciones colosales. En esta encíclica se hace una explicación de los problemas ambientales por lo que atraviesa el mundo y expone las causas y las soluciones a dicho problema, obvio desde una perspectiva religiosa siempre relacionada con "Dios". Una de las causas que se cita como fuente de dicha degradación ambiental se refiere a la inequidad:

*"La inequidad no afecta sólo a individuos, sino a países enteros, y obliga a pensar en una ética de las relaciones internacionales. Porque hay una verdadera "deuda ecológica", particularmente entre el Norte y el Sur, relacionada con desequilibrios comerciales con consecuencias en el ámbito ecológico, así como con el uso desproporcionado de los recursos naturales llevado a cabo históricamente por algunos países."*¹⁷³

De lo transcrito existen responsables de dichos daños, pero seguramente a esos responsables que no son nombrados, pero se conocen habrá muchos que nieguen en primera esa responsabilidad y en segunda que hasta el día de hoy no se ha probado por ejemplo que el calentamiento global es una consecuencia de esas políticas predatorias. El contexto en que se dicta este documento es en el aspecto ético de devolverle al mundo lo que se le ha quitado a través de la expoliación y de ese uso indiscriminado. Para aquellos supuestos responsables será un alegato que puede ser tomado en cuenta en sus futuras deliberaciones o caso contrario evadirla y decir que se trata de un escrito con fines ideológicos, el mundo sigue trabajando de la misma forma y no hay poder humano que los convenza de lo contrario, un sonrojo de pena pero no habrá obligación de hacer caso. El contexto en que se desarrolla éste diferendo no lo permite.

¹⁷³ BERGOGLIO Francisco, *Encíclica Laudato si'*. Vaticano. 2015. Pos 399.

De la misma forma sucede con la obra “*El Capital en el Siglo XXI*” de Thomas Piketty, ofrece una conclusión:

*“Cuando la tasa de rendimiento del capital supera de modo constante la tasa de crecimiento de la producción y del ingreso- lo que sucedía hasta el siglo XIX y amenaza con volverse la norma del siglo XXI-, el capitalismo produce mecánicamente desigualdades insostenibles, arbitrarias, que cuestionan de modo radical los valores meritocráticos con los que se fundamentan nuestras sociedades democráticas”.*¹⁷⁴

Posiblemente lo transcrito para los sujetos a quién dedica el texto se expresen que se trata de un ciudadano francés que quiere convertir el mundo en socialista y enliste a la vez una gran cantidad de improperios, si soy heredero de una gran fortuna y ésta crece más rápido que lo que intentan muchos ciudadanos que crezca su patrimonio a partir del esfuerzo pues no será del agrado esta obra, de cualquier forma el contexto en que se realiza es académico sin fuerza alguna para revertir lo que el autor piensa sobre el capitalismo. El contexto confiere la validez de lo que se argumenta y en muchos casos delinea la obligatoriedad en cada uno de ellos de lo que se argumente. Sostiene Habermas:

*“La fundamentación de enunciados descriptivos significa probar la existencia de los correspondientes estados de cosas; la fundamentación de los enunciados normativos significar probar la aceptabilidad de acciones o normas de acción; la fundamentación de enunciados evaluativos significa probar la preferibilidad de estos o aquellos valores; la fundamentación de enunciados expresivos significa probar la transparencia de las autopresentaciones, y la fundamentación de enunciados explicativos significa mostrar que las expresiones simbólicas han sido correctivamente generadas, que están bien formadas. El sentido de las correspondientes pretensiones de validez diferenciadas puede entonces explicitarse especificando en términos de lógica de la argumentación las condiciones bajo las que puede hacerse en cada caso semejante demostración”*¹⁷⁵

Sobre esta base se podrá delinear un contexto de la argumentación constitucional tomando los elementos necesarios para que se fundamenten y sean justificadas las decisiones tomadas.

¹⁷⁴ PIKETTY, Thomas. *“El capital en el siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014. p. 15.

¹⁷⁵ Jürgen Habermas, op. cit. p. 67.

3.5 Resumen.

De las normas constitucionales afirmo que su sustancia es determinada en cada caso que se juzga, el fondo de cada diferendo que se somete a juicio es lo que mantiene a la Constitución como la fuente de principios sobre todo relacionada con derechos humanos. Cuando expusé lo relacionado con las normas referentes a la legalidad aclaré que estas siempre se encuentran relacionadas con el texto de ley y por ello se resolverán los procesos tomando en cuenta el sistema normativo creado para ese caso en específico. Se habla de la procedencia de acciones tales como la hipoteca, la fianza, los alimentos, el homicidio. La única forma de resolverlas es haciendo caso a lo que dispone el texto de las leyes que se encuentren involucradas. Esta división de las normas entre aquellas que son ordinarias y las que se denominan constitucionales, es que las segundas se construye sobre lo indeterminado y es válido acudir a cualquier instancia que ayude a resolver el problema ya que el enunciado de la Constitución es un principio que habrá que construirlo para resolver el conflicto de los derechos humanos que se encuentren en disputa. Al no circunscribirse a lo que disponen los textos legales se permite tomar de lo externo para estructurar de fondo a la resolución. Por ello es válido utilizar en la resolución de un derecho humano relacionado con el medio ambiente un tratado científico sobre la contaminación. Puede venir al juicio la encíclica papal sobre el medio ambiente. De la misma forma un problema jurídico relacionado con la economía puede ser útil citar el libro de Thomas Piketty acerca del funcionamiento del capitalismo en el presente siglo. Será válido recordar lo que acontece en el libro de Harper Lee para explicar que el color de la piel es un pretexto y que la inclusión de los afroamericanos le viene bien a la sociedad.

En el trabajo de construir el argumento que resolverá el problema y dará nacimiento a la norma constitucional tendrá cabida a diferencia de lo que sucede con la argumentación de la legalidad las situaciones de vida que atañen al que resuelve. La circunstancia en la que ha crecido y la experiencia que ha acumulado incluyendo

por supuesto la jurídica, en ese aspecto valdrá su razonamiento y se relacionará con el lenguaje utilizado para los que discutan el problema. Esto es que se hable el mismo lenguaje, se entenderá el contenido semántico de lo que se discute y el contexto en que se discute, es lo que Ribeiro llamada la construcción de la verdad comunitaria.

Este nexo entre los contextos semánticos intervendrá también lo objetivo de las ciencias naturales, aplicándose el método científico a las cuestiones en que sea necesario dilucidar alguna cuestión relativa a los derechos humanos. Como antecedente expongo el argumento del presidente Valery Giscard d'Estaing sobre el apoyo político que otorgó para despenalizar el aborto en Francia.

El presidente francés, católico practicante se consideraría que se pronunciaría en contra de la despenalización del aborto, sin embargo, apoyó políticamente su despenalización sobre ese respecto explico:

“Yo soy católico, pero soy presidente de la república de un estado laico. Yo no puedo imponer mis convicciones personales a mis ciudadanos, sino velar porque la ley se corresponda con el estado real de la sociedad francesa para que la ley pueda ser respetada y aplicada. Yo comprendo el punto de vista de la iglesia católica y como cristiano la comparto. Juzgo legítimo que la iglesia demande a los que practican que respeten ciertas prescripciones. Pero no es la ley la que puede imponerlas... No he solicitado la respuesta de los papas por razones evidentes...pero les hice sentir un dilema, que era el mío, y que, en conciencia de mi función, tuve que resolver.”¹⁷⁶

Finalmente, la ley se aprobó el 20 de diciembre de 1974. El presidente de Francia hace frente a un problema social del derecho a las mujeres a decidir y a pesar de sus creencias toma una postura sabiendo que la decisión de despenalizar permitiría una mejor sociedad y apoya la ley. La forma de resolver el conflicto no tenía parangón era una cuestión sensible resuelta privilegiando lo mejor para los franceses en el contexto en que sucedieron los hechos. Se cita el caso del presidente francés como una forma de operar de la argumentación constitucional ya que al no existir un precedente y entender los contextos es válido cualquier

¹⁷⁶ EL UNIVERSAL, “Francia: así se despenalizó el aborto”. (Documento web) 2008. <http://archivo.eluniversal.com.mx/columnas/73464.html>

argumento siempre que sea justificable. De la misma forma los tribunales al momento de argumentar sus decisiones lo podrán realizar desde esa visión intersubjetiva.

CAPÍTULO IV

Esta en manos de la humanidad que el desarrollo sea sostenible duradero, o sea, asegurar se satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias
Informe Brundtland, ONU

DERECHOS HUMANOS Y SUSTENTABILIDAD

4.1. La argumentación constitucional.

En el año 2011 la Constitución Mexicana fue reformada en lo referente al concepto de garantías individuales y sustituido por el de derechos humanos. La primera reforma, de fecha 6 de junio de 2011 se realizó en la ley de amparo -que es en México la institución jurídica encargada de la protección de los derechos humanos entre otras tareas- el objetivo fue ampliar el espectro de procedencia al otorgar jurisdicción a los tribunales federales para conocer de violaciones a los derechos humanos contenidos en los diversos tratados internacionales en los que México es parte. La segunda reforma fue en cuanto a lo sustantivo ya que se reconoce la progresividad a través del principio *pro persona*. En el artículo primero fue suprimido el término “garantías” por derechos humanos. Se reconoce que éstos se interpretarán de conformidad a la Constitución y a los tratados internacionales en los que México sea parte.

El mismo numeral obliga a una tutela por parte de todas las autoridades para que en el ámbito de sus competencias promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos. Establece los principios rectores de éstos como son la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Impone al estado una serie de acciones como son prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos establecidos por la ley. Prohíbe la discriminación por razones de origen étnico, por género, edad, entre otras que

atenten contra la dignidad humana. La reforma impone al Estado Mexicano el respeto a los derechos humanos y a realizar las acciones necesarias tendentes a protegerlos

Con el cambio constitucional las personas que consideren que un derecho humano ha sido violentado pueden acudir a la instancia legal protectora de éstos y pedir que sea restaurado. En el caso de no hacerlo concurrir a las instancias internacionales. Esto es lo que se ha llamado bloque de constitucionalidad y con ello se obligó a todas las autoridades a que respeten los derechos humanos. Se extiende la defensa de los derechos humanos al ampliar el catálogo de éstos al contemplar a los tratados internacionales como fuente para la salvaguarda. No podemos hablar de un paradigma nuevo con la reforma, si se afirma que lo que existe es un reforzamiento al paradigma constitucional ya que aún sigue vigente que todo acto debe encontrarse acorde al canon constitucional.

En lo tocante a la argumentación constitucional el problema jurídico a resolver será de qué manera las autoridades construirán el discurso para argumentar que en sus competencias se han respetado los derechos humanos. La argumentación toma importancia ya que si las autoridades son omisas en cumplir los derechos humanos incurrir en responsabilidad y en todo caso serán sujetos de sanción para el caso de comprobarse ésta. La reforma cambió el accionar de los entes públicos con relación a los gobernados ya que impuso la obligación de respeto, ésta obligación es abierta y para que se cumpla debe de ser construido un discurso sobre cada caso a resolver. Los cursos de acción sobre los que versará el discurso será hasta que punto puede cumplirse con la disposiciones constitucionales que contengan principios. Un rasgo observado en los autores que teorizan sobre los principios como Alexy, Dworkin y el sistema garantista de Ferrajoli es que en el desarrollo de sus investigaciones intentan resolver los problemas jurídicos trayendo los principios para aplicarlos a cualquier caso jurídico. Lo anterior produce una falta a

la legislación ordinaria y en efecto conduce a la creación de un nuevo derecho, facultad para la que no fue investido el Poder Judicial.

Dentro del derecho costumbrista funciona ya que fue estructurado para trabajar con base en los precedentes. En el caso del derecho rígido, éste funciona a través de lo que prescribe el enunciado jurídico que tiene su consecuencia y por ende se aplica al caso concreto.

Cuando existen problemas concernientes a la Constitución y a los derechos humanos es cuando interviene la argumentación constitucional. La razón es que está no se circunscribe a alguna ley en específico, acepta para la resolución del disenso cualquier elemento. La división propuesta permite la aplicación de los principios generales de derecho contemplados en la Constitución y la construcción del discurso relativo a éstos principios a manera de enunciados abiertos en donde de manera casuística se construirá la solución y la discusión será si se encuentra satisfecho o se ha omitido por parte del Estado respetarlo. La argumentación constitucional se define como la construcción de discursos para proveer de razones para la resolución de controversias jurídicas relacionadas con los derechos humanos en los que no existe precedente y el fin será juzgar si un derecho humano ha sido respetado por el Estado. Con la reforma constitucional en México la argumentación de ser una responsabilidad de la Suprema Corte, permite ahora una argumentación “propia” por parte de la autoridad al explicar porque considera que no ha violado los derechos humanos. Ahora se vuelven obligatorias las jurisprudencias que antes lo eran sólo a los tribunales.

4.2. Consideraciones sobre la teoría de la argumentación Constitucional de Ferrajoli.

Las constituciones actuales han tomado en sus capitulados el respeto a los derechos humanos, cada nación acorde a su historia, condiciones e idiosincrasia ha conformado su orden jurídico reconociendo los derechos humanos en sus apartados

constitucionales, además los diversos tratados internacionales han generado ese bloque de convencionalidad que magnificó la defensa de los derechos humanos. Esta nueva visión de respeto ha hecho que el Estado desde la perspectiva de soberano un actuar dentro de sus competencias y cuando exista una vulneración en la medida de lo posible ser reparada esa falta. Esto ha desarrollado una confusión en los conceptos jurídicos por parte de algunos juristas. Ferrajoli en su obra *“Derechos y Garantías. La Ley del más Débil”* confunde vigencia con legalidad, ya que establece primero una legalidad relacionada con las formas de producción de las leyes. Se refiere a que si son elaboradas en un procedimiento acorde a la constitución son legales. En la dogmática es conocido como vigencia, aquí la aplicación de la ley opera de manera tautológica, si fuera el caso y la autoridad violará algún derecho del gobernado será hasta que llegué a la instancia que defiende dichos derechos que se valorará y concluirá si hay violación a los derechos humanos desde el punto de vista de la legalidad. Si la ley fue producida siguiendo lo que prescribe la secuencia legislativa ésta hasta que no se juzgue lo contrario será constitucional. Hay una inconsistencia en lo relativo a una legalidad de índole sustancial en donde los valores y principios de las Constituciones se aplican y dan un nuevo relieve a la sustancia de las decisiones. Lo manifestado por Ferrajoli aplicará sólo en lo relativo a la argumentación constitucional, pero no a la legalidad, como se ha expresado cuando existe un caso referido a la legalidad la aplicación del derecho es de carácter tautológico y está circunscrita al sistema creado, la índole sustancial se dará en lo que se relacione con los derechos humanos como parte de la naturaleza constitucional.

Se considera que en el ámbito de aplicación de la Constitución referida a los derechos humanos el espectro será en una primera instancia los negativos, toda vez que se trata de situaciones de no hacer por parte de la autoridad. La confusión entre legalidad y argumentación constitucional también se encuentra con otros juristas que pretenden que se argumente aplicando un contenido sustancial, cuando lo que se está tratando son problemas de legalidad y que son resueltos a través del fallo a un

problema dilemático. El sistema jurídico cuando existe un problema de legalidad no admite intromisiones al estar reglado el acto. En el caso de México existe una Constitución rígida y las resoluciones se toman acorde a lo que ley dispone. Lo que propone Ferrajoli como legalidad sustancial es compartida siempre y cuando tenga el elemento *sine quan non* de que la discusión se centrará en los derechos humanos. Ferrajoli se refiere en cuanto a los contenidos materiales de las resoluciones de la manera siguiente:

“De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos”¹⁷⁷

Se está de acuerdo en lo aseverado y se añade que la argumentación relativa a la naturaleza constitucional es aquella relacionada con los derechos humanos. Por eso la denominación argumentación constitucional y se separa de la legalidad en sentido estricto, que es que la autoridad puede hacer lo que la ley le dispone.

4.3. Consideraciones sobre la teoría de la argumentación Constitucional de Dworkin.

Ronald Dworkin en su obra *“Los Derechos en Serio”* concede una preeminencia a la moral sobre la ley en cuanto a que es ésta quien nutre al derecho y que dejarla de lado no garantiza un derecho justo. Por ello el ataque como el mismo lo describe al positivismo se basa en que no solamente la ley puede ser el *sustratum* para resolver una disputa jurídica, hay otras cuestiones que tienen un carácter jurídico, aunque no se encuentren en la legislación, como es el caso de los principios. Dworkin establece que en los tribunales llegado el momento de resolver una disputa y ésta no es subsumible de acuerdo a la ley, *i. e.* que no existe una norma aplicable el juzgador goza de un grado de discrecionalidad para resolver el

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p.

problema. La problemática vislumbrada es que al realizar la actividad jurisdiccional crea nuevo derecho y lo aplica de manera retroactiva. En la cultura jurídica latina y en la de la Europa continental no sucede lo mismo. En las constituciones rígidas lo que impera es que las hipótesis normativas están determinadas en la ley y aunque el juez tiene discrecionalidad no puede apartarse de las hipótesis normativas.

Es importante comprender que al menos en los temas jurídicos relacionados con la legalidad no existe problema ya que lo contempla la legislación. Citaremos como ejemplo regresando a Dworkin el caso Riggs contra Palmer en donde un hombre es juzgado por haber envenenado a su abuelo para hacerse de la herencia. Esto acontece en el Tribunal de Apelaciones de Nueva York en el año de 1889. La legislación civil no comprendía que para el caso de que un heredero asesine a su testador por ello no tiene derecho a disfrutar la herencia. En la resolución de mérito se discute ese tema:

“Es un método común de interpretación que la intención del legislador es tan ley como si fuera la propia letra de la ley; y algo que está en la letra de la ley no está incluido en la ley a menos que esté dentro de la intención del legislador. Los redactores de las leyes no siempre expresan su intención perfectamente, sino que exceden o se quedan cortos, así que los jueces recopilan solamente las conjeturas racionales o probables, lo cual es denominado interpretación racional.”¹⁷⁸

La cuestión que se estaba zanjando era de mera legalidad ya que se trataba de un homicidio, sin embargo, siguiendo el principio de que a nadie debe de permitirse beneficiarse de su propio fraude o tomar ventaja de su propio error el joven Elmer E. Palmer fue condenado a no tener derecho a la herencia del abuelo. Aunque el caso se plasma como resuelto por la cuestión de los principios se manifiesta que la resolución fue dictada en una corte de apelaciones y en la sentencia existió un voto disidente. Existe la intervención del juez Gray quién justifica el disenso en una cuestión de legalidad. El primer punto que toca el juez Gray es que por el delito cometido por el nieto Elmer E. Palmer se estaba purgando una condena.

¹⁷⁸ JIMENEZ, Cano Roberto M., Jorge Luis FABRA et. al. Caso Riggs contra Palmer. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 11, 2007/2008, pp. 363-374.

La conducta criminal desplegada en contra del abuelo no había quedado impune, sino que había sido castigado. Expone que si la legislación no contempla una disposición de ese tipo no deberá entonces de crearse y agrega:

*“El argumento de las apelantes no está respaldado por referencia a aquellas normas de derecho de tradición romanística o por normas de otros gobiernos, por las cuales el heredero o legatario está excluido del beneficio dentro del testamento si ha sido condenado por dar muerte, o [*517] intentar dar muerte, al testador. En ausencia de tal legislación aquí, los tribunales no están facultados para establecer tal sistema de justicia terapéutica. La privación de un heredero de la sucesión testamentaria en el derecho romano cuando era culpable de tal crimen, sencillamente, fue creada con la naturaleza de ser un castigo impuesto sobre él. La sucesión, en caso de tal culpa, era transferida a los fondos públicos, reversión de bienes a la Hacienda Pública (véase el Derecho civil de Domat, parte 2, Libro I, Título I, &3)*

Reconozco que las reglas de derecho que anulan las disposiciones testamentarias hechas en beneficio de aquellos que se han convertido en indignos de ellas pueden estar basadas en principios de equidad y de justicia natural. Es totalmente razonable suponer que un testador podría revocar o modificar su testamento cuando su juicio fuera bastante iracundo y alterado para no desear su voluntad como ejecutada e inalterable. Pero estos principios solo sugieren razones suficientes para la promulgación de leyes que prevean tales casos.”¹⁷⁹

El juez del voto particular manifiesta que para el caso de que le sea impedida la disposición de la herencia al nieto se estará ante una doble pena, ya que por un lado se encuentra compurgando la pena por el delito y por el otro le será quitada la herencia a que tiene derecho aun cuando haya dado muerte a su abuelo. Sobre ese respecto se relata en la sentencia:

*“Pero aún más, dar la razón a las apelantes implicaría la imposición de un castigo o pena adicional sobre el demandado. ¿Qué poder o fundamento tienen los tribunales de añadir castigos a los demandados al privarlos de la propiedad? El derecho lo ha castigado por su crimen y no podríamos decir que fue un castigo insuficiente. Al enjuiciarle y castigarle el derecho le ha [*520] condenado por el ultraje que cometió; un pronunciamiento adicional y una consiguiente privación de derechos está prohibido. No podemos, en el lenguaje del tribunal en el Pueblo c. Thornton (25 Hun, 456), <aumentar el dolor, las penas y los decomisos dispuestos por el derecho como castigo a un crimen>.”¹⁸⁰*

En el voto particular el togado Gray esboza que con la resolución también se violó un principio de derecho. El problema de la aplicación de los principios en los juicios de aplicación de la legalidad es que desde el momento que se está buscando

¹⁷⁹ JIMENEZ, Cano Roberto M., Jorge Luis FABRA et. al. Op. cit. p. 372.

¹⁸⁰ JIMENEZ, Cano Roberto M., Jorge Luis FABRA et. al. Op. cit. p. 374.

el principio y se aplica se está creando nuevo derecho. No nos encontramos ante un caso difícil sino ante la aplicación arbitraria de un principio. Esa misma discrecionalidad que tanto movió a Dworkin se produce en la aplicación de principios ante casos que no la requieren ya que el peligro sería la creación de normas en detrimento del individuo. La aplicación inicua de los principios es grave ya que se pasa por encima de los derechos del individuo. El descontento por parte de Dworkin es que el juzgador al dar su veredicto crea nuevo derecho y no se encuentra el funcionario en cuestión en competencia para eso, ya que eso se encuentra reservado para el poder legislativo. Sobre el respecto dispone:

“La conocida actitud de que la adjudicación de competencia debe estar subordinada a la legislación encuentra apoyo en dos objeciones al poder creador de derecho del juez. La primera sostiene que una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera en que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa posición. La segunda objeción expresa que si un juez legisla aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho”¹⁸¹

Se enfatiza que para eso se encuentran los principios generales del derecho, para la resolución de los casos atinentes a la ley y sobre ese respecto no existe creación de nuevo derecho y mucho menos retroactividad, sino que se clausura una controversia acorde con lo que la ley establece. La Constitución Mexicana en su artículo 14 establece la manera en que se solucionarán los asuntos sometidos a su potestad cuando no exista derecho aplicable.

Artículo 14 [...] En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.¹⁸²

La Carta Magna de México no tiene problema en resolver a través de principios sin que esto signifique en la idea de claudicar sobre las cuestiones de legislar del juez al crear nuevo derecho. Cuando esa permisión se encuentra en la

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* p. 150.

¹⁸² CONSTITUCIÓN MEXICANA: Artículo 14. 2016.

misma Constitución, en todo caso lo importante será la indagación de los principios generales de derecho que sean acordes con lo que se juzgará. La relevancia será que la aplicación del principio será exclusivamente para resolver un problema de legalidad. La manera en que funcionan las normas ordinarias es que el enunciado tiene su respuesta en términos kelsenianos se puede llamar sanción. En el caso de la Constitución en la nomenclatura de los derechos humanos las normas de la Constitución generalmente no tienen sanción, se trata de principios constitucionales que enmarcan que el Estado tiene un deber para el gobernado. Cuando en una determinada contienda se expone que se ha violado un derecho humano el Poder Judicial creará la norma constitucional a través de un principio constitucional. Situación distinta acontece con los principios generales del derecho que se quedan en la ley y se ajustan a lo que ésta no dice y la integran. Definimos a los principios generales del derecho como aquellas abstracciones que ayudan en la concreción de las normas jurídicas, operan para darle materialidad a lo que no se encuentra regulado. Los principios generales del derecho operan como elementos de equidad y justicia son expresados como máximas jurídicas “ley especial aplica sobre la ley general” “en caso de duda se aplicará la ley a favor de quién quiera evitarse un perjuicio que a favor de quién quiera tener una ganancia” “in dubio pro reo”.

En la obra de Dworkin “*Los derechos en serio*” se determina que los artículos constitucionales no pueden ser referentes de normas jurídicas sobre esto el autor expresa:

“Los estándares <vagos> fueron elegidos de manera deliberada, por los hombres que los redactaron y los adoptaron, en lugar de las normas más específicas y más limitadas que podrían haber promulgado. Pero su decisión de usar el lenguaje que usaron ha causado muchísimas controversias jurídicas y políticas, porque incluso los hombres razonables de buena voluntad deferirán cuando se trate, por ejemplo, de elaborar derechos morales que se incorporan al derecho en virtud de la cláusula de debido proceso o de la cláusula de igual protección. Difieren también cuando tratan de aplicar esos derechos, de cualquier manera, que se los defina, a asuntos complejos de administración pública, como las prácticas educacionales que eran el tema de los casos de segregación.”¹⁸³

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* p. 212.

Los artículos no son normas constitucionales sino principios se cumplen en la medida de lo posible, sobre todo los relacionados con los derechos humanos. Al tener una textura abierta jurídica se tienen que cerrar y construir el discurso para resolver el problema.

4.4 Derechos humanos y la extensión del paradigma constitucional.

Durante algún tiempo existió una división sobre las garantías individuales y los derechos humanos. La diferencia en el plano “doctrinal” derivaba que los primeros mencionados se encontraban plasmados en la Constitución local y se trataba de una protección de cada país de acuerdo a su idiosincrasia. Los derechos humanos se hallaban a *contrario sensu* referidos a todos aquellos conocidos en el ámbito internacional. En México después de la reforma constitucional el término garantías individuales fue suprimido y se adoptó el de derechos humanos para estar acorde con lo establecido en los tratados internacionales. El llamado bloque de constitucionalidad desarrolló una mayor protección al extender el manto protector a través de instancias internacionales.

Las normas constitucionales son demasiado abiertas en el caso de la Constitución Mexicana sobre el respeto a los derechos humanos requirió de la argumentación para establecer un control y determinar cuándo puede el gobernado acudir a la protección internacional y de qué forma los tribunales nacionales pueden hacer valer ese derecho internacional. En México existen dos tesis jurisprudenciales importantes en cuanto al control difuso de la Constitución. Por un lado, la jurisprudencia marcada con el número 20 del pleno de la Suprema Corte dispone:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de

seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.¹⁸⁴

Cuando algún instituto normativo en la Constitución implique una restricción aún y cuando haya tratados internacionales se estará a lo que dispone ésta. En la jurisprudencia establecida por el pleno de la Suprema Corte de México dispuso:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.¹⁸⁵

¹⁸⁴ P./J. 20/2014, Semanario Judicial de la Federación Gaceta, décima época, Tomo I, 5 de abril de 2014, p. 202.

¹⁸⁵ P./J. 21/2014, Semanario Judicial de la Federación Gaceta, décima época, Tomo I, 5 de abril de 2014, p. 204.

Las tesis son contradictorias toda vez que si la Carta Magna Mexicana es suficiente con la regulación interna no es necesario acudir a la convencionalidad internacional. Si existe una salvaguarda en la Constitución está primará sobre los instrumentos internacionales que aunque tengan una mayor protección sobre la persona, *i. e.* no tendrá validez sobre el marco interior jurídico, esto provoca una confusión, pero lo que establece es una medida de control político que validará cada caso concreto a este test y cuando considere que la soberanía se encuentra en peligro acudir a la cláusula de protección y resolver el diferendo de la manera más conveniente al Estado Mexicano.

4.5. Sustentabilidad y argumentación constitucional.

En el siglo XX hasta la década de los setentas la ciencia nos mostró que lo importante para satisfacer las necesidades básicas era obtener los productos para colmarlas. En un principio dichos satisfactores eran vitales después llegaron otros, aunque no vitales necesarios para el desarrollo humano. La forma en que éstos se obtenían en el pasado era de manera artesanal, al conocer la forma en que la naturaleza actúa, se crea el modo de explotarla y obtener los mayores beneficios en el menor de los tiempos posibles. La primera guerra mundial llamada “la gran guerra” diezmo a la población y probó que los inventos de la ciencia servían también para aniquilar al hombre en masa. Alemania fue derrotada sometida a un armisticio y al pago por el costo de la guerra. Por dicha situación se inflamó de nueva cuenta en Alemania el sentimiento de la guerra el nazismo se esparció y con ello dio lugar la segunda guerra mundial. Sobre ese siglo Habermas comenta:

“En efecto, los pueblos que participaron y fueron afectados necesitaron decenios para llegar a ser conscientes de la dimensión de ese terror que se advirtió primero de un modo insensible y apático: el holocausto que culmina con el exterminio metódico de los judíos europeos. Aunque primero se le reprimió y desapareció de la conciencia, este shock liberó energías y, más tarde, convicciones que en la segunda mitad del siglo localizaron la geografía del terror. Para las naciones que llevaron al mundo, en 1914, a una guerra de insólitos despliegues tecnológicos, y para los pueblos que después de 1939 reconocieron los crímenes masivos de una

lucha de exterminio ideológica, el año de 1945 señala un gran viraje. Un viraje hacia una situación mejor, hacia la domesticación de las fuerzas de la barbarie que florecieron, en Alemania, por ejemplo, en el suelo mismo de la civilización.”¹⁸⁶

A raíz de la destrucción producida y por la escasez de los suministros para continuar la guerra y ganarla, comenzó un análisis por parte de los científicos de explotar a gran escala las materias primas para fabricar los suministros de la guerra, a esto se le llamó “programación lineal” definida como un procedimiento o algoritmo matemático mediante el cual se resuelve un problema indeterminado, formulado a través de ecuaciones lineales, optimizando la función objetivo, también lineal. Consiste en optimizar (minimizar o maximizar) una función lineal, denominada función objetivo, de tal forma que las variables de dicha función estén sujetas a una serie de restricciones que se expresan mediante un sistema de inecuaciones lineales.¹⁸⁷ La programación lineal provocaba excelentes resultados de producción, pero en un período de aplicación largo termina por dañar el medio ambiente.

Estos procedimientos agresivos de producción hicieron que se tomarán providencias en la explotación de los bienes con responsabilidad, es cuando nace lo que ahora se conoce como la sustentabilidad. En el año de 1987 se realizó por parte de la Organización de las Naciones Unidas el llamado informe Brundtland y se definió a la sustentabilidad:

“Está en manos de la humanidad que el desarrollo sea sostenible, duradero, o sea, asegurar se satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias.”¹⁸⁸

En el inicio de la humanidad los límites establecidos se encontraban en la incapacidad para llevar a cabo la explotación y satisfacer las necesidades vitales. Los límites ahora han sido establecidos por la escasez de los satisfactores debido a la explotación indiscriminada. El desarrollo sustentable implica que las funciones

¹⁸⁶ HABERMAS, Jürgen, “*Nuestro breve siglo*”, traductor José María Pérez Gay. (Documento web) 1998, <http://www.nexos.com.mx/?p=8965> 1º de Agosto de 1998.

¹⁸⁷ Definición de programación lineal monografías.com. <http://www.monografias.com/trabajos89/historia-programacion-lineal/historia-programacion-lineal.shtml>. (Documento web). 30 de mayo de 2016.

¹⁸⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. INFORME BRUNDTLAND 1987. p. 23.

permanezcan en disponibilidad operativa por un largo período de tiempo. Rojas explica:

“El uso o abuso de una de estas funciones ambientales implica siempre sacrificar alguna otra; ejemplo, rebasar la capacidad de asimilación de la atmósfera con emisiones contaminantes nos priva del producto “aire limpio” que la naturaleza nos ofrece.”¹⁸⁹

Si se abusa del medio ambiente existe contaminación en el mar, en los ríos, en las selvas, en las montañas etcétera. Todo lo que el hombre explota de la naturaleza implica menores satisfactores naturales y puede llegar a un extremo en donde se pierda la fuente de riqueza que permitía el aprovechamiento. La manera de probar la hipótesis de que a mayor explotación de la naturaleza menores satisfactores naturales será posible si aplicamos las ciencias objetivas. Cuando en la resolución de un juicio se acude a un peritaje el juzgador se convertirá en un mero rector del proceso ya que su contribución será apreciar el mejor de los peritajes y emitirá su razonamiento para justificar la resolución. Cada vez más los juicios son resueltos por dictámenes científicos, pruebas de paternidad, investigaciones sobre homicidios, peritajes en agrimensura y así una pléyade de situaciones técnicas que dan fin a diferendos jurídicos. Para probar una teoría del caso será necesario desde la perspectiva jurídica construir un discurso lo suficientemente plausible que a través de su presentación permita la ilación de las pruebas que construyan un producto racional que resuelva el problema jurídico. En la argumentación de los derechos humanos la construcción de los discursos versará sobre la creación de una secuencia racional que permita a través de las ciencias exactas o del espíritu la resolución de los casos presentados relacionados con los derechos humanos. En la obra de Malthus por ejemplo sobre la población para el tiempo en que fue escrita no se tomó en cuenta con seriedad porque las condiciones materiales de la época no habían hecho crisis, ahora es un argumento valioso y hasta visionario. La aseveración que realizó fue premonitoria:

¹⁸⁹ ROJAS, Orozco Cornelio. *El desarrollo sustentable nuevo paradigma para la administración pública*. México-DF., INAP, 2003, p. 24.

“Ya dije que la población, si no se pone obstáculos a su crecimiento, aumenta en progresión geométrica, en tanto que los alimentos necesarios al hombre lo hacen en progresión aritmética”¹⁹⁰

La mayoría de las naciones consideran que es necesario implementar políticas públicas que disminuyan el crecimiento demográfico. Es por ello que se habla que el objetivo de la argumentación jurídica cuando resuelva las disputas los tribunales tendrán que tomar en cuenta todos los cursos de acción que permitan resolver los problemas jurídicos. En el informe Brundtland se explica:

“Las cuestiones referentes a la población- la presión demográfica y los derechos humanos de los pueblos- así como los lazos entre estas cuestiones relacionadas entre sí y la pobreza, el medio ambiente y el desarrollo, mostraron ser una de las más difíciles preocupaciones a las que tuvimos que enfrentarnos. Las diferencias de perspectiva parecían ser desde un principio insalvables, pues se requería mucha voluntad y tesón para comunicar habida cuenta de las diferentes culturas, religiones y regiones presentadas.”¹⁹¹

Las decisiones que en el futuro decidirán los tribunales constitucionales se encuentra en los apartados de los derechos humanos y en las ramas de la economía, la ecología y la sociología. Para el caso de la resolución de los problemas jurídicos de envergadura serán estos los tópicos en las decisiones de los órganos de justicia sobre todo en el aspecto de los derechos humanos que impliquen “*un hacer*” de las autoridades. El desarrollo de la fenomenología es válido desde la visión de los sujetos que resuelven además establece una metodología acorde para resolver los problemas que se proyecten tomando elementos racionales. La forma en que se plantea la sustentabilidad es a través de un diagrama de Venn con tres apartados que serán los temas en cuanto a lo ecológico, social y económico. Para proporcionar a un problema jurídico relacionado con los derechos humanos una respuesta de carácter sustentable deberá compartir por lo menos una propiedad con alguno de los apartados antes referidos en cuanto a los círculos del diagrama. Existen conjuntos que comparten ciertas propiedades y que pueden tener dos o más características comunes en cuanto al sistema planteado.

¹⁹⁰ MALTHUS, Robert. *Primer ensayo sobre la población*. España, Altaya, 1993, p. 56.

¹⁹¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. INFORME BRUNDTLAND 1987. p. 13.



Ilustración 1

La importancia radica en las combinaciones que se puedan dar en cada uno de los apartados. En el centro del diagrama se encontrará como fiel de la balanza la sustentabilidad jurídica y será a través de las diferentes composiciones que se dará solución a los problemas. En la economía existen satisfactores que por encontrarse en demasía en el mundo no tienen valor monetario en cuanto exista escasez tendrán que ajustarse a lo económico y tendrán un importe. Es el caso del aire que respiramos se encuentra en el medio ambiente con suficiencia que no se paga ningún costo por respirarlo. En algunos lugares por la contaminación que impera el aire es de mala calidad si se quiere respirar aire limpio tendrá que pagarse por ello.

El aire es un derecho humano que el Estado debe de satisfacer la importancia radicaré en la forma en que será proporcionado a la población sin secar las reservas económicas. La base de la sustentabilidad jurídica es considerar los diferentes aspectos cuando se resuelvan problemas jurídicos en donde se obligue a una autoridad a proporcionar un derecho humano. En la ilustración 1 se advierte que los grupos del diagrama son la sociedad, la economía y la ecología al conjuntarlos tendremos a la sustentabilidad. En esta ilustración comparten a través de diversos subgrupos elementos como lo es la sociología con lo ecológico, esto nos arroja una

característica que todo aquello relacionado con ambos elementos tendrá que ser soportable. Esto significa que se pueden dar soluciones para un mejor medio ambiente, pero si éstas no arrojan una soportabilidad no puede tomarse como solución posible. Se cita verbigracia que para el ahorro del agua que se prescindiera del aseo diario el ahorro no es soportable por los temas relacionados con la salud, la higiene y hasta el aspecto de la persona o de algo que no se asea con regularidad.

En el subgrupo de lo social y lo económico tendría que plantearse desde el punto de vista de los derechos humanos lo equitativo de las decisiones, ya que en este aspecto no puede un supuesto beneficio de la sociedad afectar los derechos humanos individuales. El Estado benefactor cada vez se adelgaza más y se explica que es porque se gasta menos y eso justifica que se realicen recortes indiscriminados a las prestaciones sociales de la clase trabajadora esto es inequitativo y en el corto plazo se traduce en menos educación, salud, calidad de vida de los ciudadanos. Por último, lo económico y lo ecológico funcionará en el mediano y largo plazo siempre que al final nos arroje la viabilidad. En el presente siglo se plantea en términos de cultura general acerca de los productos alimenticios llamados “orgánicos”. La principal característica es que no han sido tratados con químicos para cultivarlos, tampoco se han empleado para el crecimiento de la planta algún tipo de control químico contra plagas, esto redundará a favor en la salud de los consumidores. Aunque deseable al menos desde el punto de vista económico y de salud no puede ser obligatorio de un día para otro hacer que los agricultores por decreto que todos los productos tengan que ser orgánicos, es inviable. Para resolver un problema jurídico de manera sustentable se relacionará la objetividad, la subjetividad y el producto será la intersubjetividad. Sobre ese aspecto refiere Dilthey:

*Toda ciencia es ciencia de la experiencia, pero toda experiencia encuentra su nexo original y la validez que éste le presta en las condiciones de nuestra conciencia, dentro de la cual se presenta: en la totalidad de nuestra naturaleza.*¹⁹²

¹⁹² DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*, D. F. México, FCE, 2015, posc. 509.

En el estudio que le fuera encargado a la ex primera ministra Harlem Brundtland se establecen directrices para resolver problemas de manera interdisciplinaria, no basándose en cuestiones únicamente biológicas o de una sola ciencia. Se trata de un estudio que privilegia el estudio interdisciplinario. En el llamado informe Brundtland la autora esgrime:

“Cuando el Secretario General de las Naciones Unidas me pidió en diciembre de 1983 que estableciera y presidiera una comisión especial independiente que aceptará este importante desafío que tenía ante sí la comunidad mundial, me di perfectamente cuenta de que no se trataba de una tarea y obligación pequeña de un partido serían meramente imposibles de asumir. Lo que la Asamblea General pedía parecía también ser algo irrealista y demasiado ambicioso. Al mismo tiempo quedaba evidente que había un amplio sentimiento de frustración y de insuficiencia en la comunidad internacional acerca de nuestra propia capacidad de encararnos con las cuestiones globales vitales y de resolverlas eficazmente.

Este hecho es una realidad imperiosa, que no se puede desestimar fácilmente. Dado que las respuestas a estas preocupaciones graves y fundamentales no están a nuestro alcance, no nos queda otra alternativa que seguir tratando de encontrarlas.

Todo esto pasaba por mi mente cuando el Secretario General me presentó un argumento ante el cual no había refutación convincente alguna, a saber: Ningún dirigente político había llegado a ser Primer Ministro con unos antecedentes de varios años de lucha política, nacional e internacional, como ministro del medio ambiente. Esto hacía abrigar la esperanza de que el medio ambiente no sería destinado a seguir siendo una cuestión secundaria en la toma de decisiones políticas importantes.”¹⁹³

La sustentabilidad resolvería jurídicamente la controversia y proporcionaría un basamento racional fundamentado en la interdiscipliniedad. Ferrajoli se ha pronunciado en cuanto a la crisis de la razón jurídica ya que los problemas actuales del derecho no pueden quedarse en la aplicación de la ley, el jurista italiano dispone en su obra:

“Yo creo que el peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy no sólo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica; no sólo del caos normativo y de la ilegalidad difusa aquí recordados, sino también en la pérdida de confianza en esa artificial reason que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinario paradigma teórico que es el Estado de derecho. La situación del derecho propia del Anden Regime era bastante más <compleja>, irracional y desregulada que la actual. La selva de las fuentes, el pluralismo y la superposición de ordenamientos, la inflación normativa y la anomía jurídica de los poderes que tuvieron enfrente los clásicos del

¹⁹³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Op. cit.* p. 11.

*iusnaturalismo y de la Ilustración, de Hobbes a Montesquieu y Beccaria, formaban un cuadro seguramente bastante más dramático y desesperante que el que aparece hoy ante nuestros ojos.*¹⁹⁴

Antes de la aparición del paradigma constitucional regía el del Estado, dicho paradigma se materializaba en la ordenación del territorio, la población y el sistema jurídico. Cuando aparece el paradigma constitucional se establece los límites para la actuación del Estado ahora con la obligación del respeto a los derechos humanos. Se amplió el paradigma constitucional y obliga al respeto de éstos por parte de los entes estatales. Como se estableció en el apartado relativo a la forma de las Constituciones manifestando que por el hecho de existir éstas, los derechos no se materializan *ipso facto*. La respuesta será que sobre esos derechos se propondrá de manera discursiva la argumentación constitucional que tendrá un contenido sustancial que permitirá resolver la controversia jurídica y dará los parámetros necesarios para la resolución del problema. El contenido sustancial que sentará las bases para otros casos en el futuro se hará con la sustentabilidad jurídica.

4.6. Algunos problemas de la argumentación constitucional.

Un derecho se caracteriza por la certeza del individuo de disponer a través de la volición si lo ejerce. En caso de no tener ese dilema de accionar no existirá el derecho. En ese sentido el libre tránsito, disponer de un bien porque se detenta la propiedad, concluye que se es titular de derechos humanos con las modalidades de ley. El Estado respetará el libre desenvolvimiento de éstos. Sin intentar un estudio historiográfico se examinará los momentos en que éstos derechos nacieron y evolucionaron. Es en el siglo XVIII los derechos fundamentales pasaron de ser una mera especulación a ser parte de los documentos jurídicos. Adquieren ese carácter legal y obligatorio por ejemplo en la Constitución de Virginia que data de 1776, se asentó:

¹⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 18.

*“Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden ser privados o desposeídos con posterioridad por ningún pacto; a saber: el goce de la vida y la libertad, como los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”*¹⁹⁵

El texto citado contiene la partícula “no”, que prohíbe al Estado que intervenga sobre los derechos y deja la esencia utilitarista de Bentham en cuanto a que lo buscado por el hombre es la felicidad y la seguridad. Más adelante en el año de 1789, la Asamblea Constituyente Francesa proclamó de manera solemne la *“Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”*, en la que se asienta en el artículo primero: *“Todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.”*¹⁹⁶

Algo característico es que existe el reconocimiento por parte del Estado de que el sujeto es titular de esos derechos y se crea una nomenclatura primaria para garantizar el cumplimiento y aunque en ciernes expresa conceptos como libertad, igualdad, propiedad, seguridad jurídica, etcétera. En esta evolución en el siglo XX se dieron los primeros esbozos acerca de los derechos sociales que expresan el sentimiento de clase. En la etapa intermedia entre las dos guerras mundiales, ante la incursión de la revolución rusa y el advenimiento del socialismo se buscó terminar con la mentalidad del liberalismo económico exacerbado. Se expresó la legitimidad de las demandas de los grupos sociales y la incursión de libertades haciendo énfasis en las graves desigualdades e injusticias sociales existentes. Las libertades se traducen nuevamente en reconocimiento y en la mayoría de ocasiones no implican un actuar por parte del Estado. En esta etapa surgen los derechos económicos sociales y culturales que comienzan por dar un cariz nuevo a los derechos humanos. El Estado no solamente reconoce los aspectos de no intervención a la esfera del individuo, lo que Garzón llama “el coto vedado” impone satisfacer a través de

¹⁹⁵ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003, p. 2.

¹⁹⁶ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. *Op. cit.*, pág. 3.

políticas públicas acciones que aseguren las condiciones mínimas de vida digna para alcanzar la igualdad.

Los derechos humanos se han extendido mundialmente y se encuentran en los capitulos de las Constituciones. Estos derechos son individuales, sociales y además vienen acompañados de salvaguardas jurisdiccionales que permiten el acceso a los tribunales que permiten el juzgamiento de los casos expuestos. Al respecto Ferrajoli sostiene:

“Son derechos universales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”¹⁹⁷

En el texto antes mencionado se clasifica por parte de este autor dos clases de derechos humanos y se coincide con él en que existe una expectativa positiva que se traduce en una futura prestación y una negativa que se traduce en no sufrir lesiones. En este aspecto se está parcialmente de acuerdo ya que lo negativo se reduce no solamente a no sufrir lesiones, sino a todo aquello que pueda afectar la dignidad humana. El documento base más importante sobre este respecto en el ámbito internacional es el de la Organización de las Naciones Unidas. El instrumento mencionado hace un reconocimiento a la dignidad humana como parte fundamental de los derechos de la persona humana. El 10 de diciembre de 1948 fue aprobada la declaración de los derechos del hombre y en su preámbulo dispone:

“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”¹⁹⁸

En las declaraciones posteriores lo que se ha hecho es extender el manto protector con instrumentos jurídicos internacionales que les han dado una validez

¹⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2004, p. 37

¹⁹⁸ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. *Op. cit.* p. 6

jurídica. Cabe aclarar que los derechos humanos no son absolutos, hay condiciones que deben satisfacerse para que se hagan efectivos. Existe una clasificación de grado de los derechos humanos comenzando con los llamados derechos humanos llamados primarios, que son aquellos que son negativos desde su origen. Es decir, el individuo titular de ellos no debe de realizar ningún tipo de acción u omisión para que sean reconocidos.

Otros contemplan una relatividad en cuando a la aplicación de los mismos, tiene un estado de contingencia ya que depende de las situaciones materiales para ser satisfechos. Hay que reunir determinadas condiciones de índole material para que los mismos puedan ser ejecutados. La labor del jurista consiste en la debida argumentación para que estos sean explicitados por los órganos estatales de justicia y aplicados a todos aquellos que se encuentren en una situación de derecho. Hay derechos humanos de observancia paulatina que son discutidos por una situación de reconocimiento y progresividad en cuanto a ser dotados, son las condiciones necesarias para que el ser humano pueda desarrollarse. Por ejemplo, el derecho al agua, este elemento vital, sin éste el hombre no puede acceder al mínimo de bienestar. La razonabilidad es de qué manera en cada caso concreto se actualiza ese derecho humano y es concedido a la población obviamente sin dañar las reservas económicas estatales. El derecho a la salud y a la vivienda concurren en circunstancias que requieren de provisiones presupuestarias para darles acceso a los miembros de un Estado.

Existen en los derechos un titular que los debe de satisfacer, pero ¿cuáles serán los medios en que el Estado proveerá de los derechos antes mencionados? de tener una visión errónea de éstos se recaerá en un déficit al no proveerlos. Los distintos tratados internacionales los reconocen, para todos los países que integran estas coaliciones jurídico-políticas como son la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y otras. Las labores se realizan dando directrices que deben ser reconocidas y aplicadas por los miembros

adheridos. La aplicabilidad se dará en los diferentes contextos que permita la región de que se trate. Con la globalización existe un cambio en la forma de juzgar ya que se encuentran relacionados los diversos instrumentos jurídicos y hay inmediatez en cuanto a su aplicación. La globalización es un término económico que expresa la apertura de fronteras para el libre tránsito de personas, mercancías y bienes en general. La facilitación y uso de medios electrónicos para comunicarse hace que los hechos sean conocidos de manera inmediata y la reacción sea de la misma forma. Este actuar facilita que los abusos de autoridades sean conocidos en instantes tanto por gobiernos, así como personajes y ciudadanos comunes que tiene el derecho de protestar contra acciones que consideran injustas. Hay un consenso universal para la defensa de los derechos humanos, el problema radica en la forma en que se entiende esto. La dimensión jurídica cuando son deliberados por los poderes judiciales sobre todo aquellos en los que el Estado le es demandado la realización de determinados actos para colmar esos derechos humanos. Pueden existir derechos humanos, pero si no hay “*remedies*” son nugatorios. De qué sirven los catálogos mayúsculos que reconocen la entelequia de derechos humanos si no pueden ser aplicados. En la contingencia del cumplimiento de los derechos humanos es que se encuentra el meollo de la discusión de la sustentabilidad jurídica.

En el aforismo jurídico romano “*suum cuique tribuere*”, darle a cada quién lo suyo se define de manera práctica lo qué es la justicia. La justicia se encuentra como algo ideal, en la obra de Hans Kelsen refiere que siempre que se aplica el derecho habrá alguno que quede infeliz con el fallo del diferendo¹⁹⁹. Para alcanzar la llamada justicia se requiere de un acto exterior, el derecho como conjunto de normas al momento de fallar un problema legal lo hace desde una perspectiva de que se activó el mecanismo de resolución de controversias. Por eso sabemos de sentencias memorables y de ukases terribles. Una gran mayoría de organismos que dictan justicia se llaman “Supremas Cortes” ya que la justicia implica que un individuo se

¹⁹⁹ KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?*, México, . Fontamara, México, 2007, p. 28.

queje y acuda a defender un derecho que se cree ultrajado. No existe justicia si no hay exteriorización por eso los derechos humanos han sido conquistados pese a las reticencias ya que existieron individuos que se quejaron contra el estatus y fue su actuar lo que ocasionó una ruptura institucional y quedó como precedente para los posteriores casos. Ese acto exterior, es el paso a una forma de terminar un conflicto, estableciendo un procedimiento para acceder a un fallo. La argumentación constitucional es aquella que se lleva a cabo cuando se interpreta un texto de ésta relacionado con los derechos humanos y no hay un precedente que declare si esa resolución se encuentra apegada a la Constitución. Si no está acorde a los lineamientos constitucionales prescribir la forma en que debe ser resuelta esa falta para restablecer en la medida el derecho humano violado.

En el concepto de los derechos humanos existe una contradicción ya que éste se presenta como una construcción racional, por ende, necesariamente humana. En cuanto al rango de aplicación, estos derechos siempre serán aplicados a las personas, además de que un derecho en general siempre el destinatario debe de tener la plena capacidad de poder ejercerlo a menos que se trate de alguien que por encontrarse en condiciones de debilidad o jurídicas no pueda ejercerlo por sí mismo. Los derechos humanos protegen a las personas, aún a las que en México se denominan morales y son entes que gozan de una personalidad distinta que la de sus integrantes. Que a una persona moral le puedan violar los derechos humanos parece un problema ilógico, pero al menos lo que refiere es que en la medida de lo posible éstos entes gozan de prerrogativas. Sobre este respecto ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de México:

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, no prevé distinción alguna, por lo que debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto a las personas físicas, como a las morales, las

*que gozarán de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines. En consecuencia, el principio de interpretación más favorable a la persona, que como imperativo establece el párrafo segundo del citado precepto, es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que gocen las personas morales, por lo que deberán interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, a condición de que no se trate de aquellos derechos cuyo contenido material sólo pueda ser disfrutado por las personas físicas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto.*²⁰⁰

En el proceso discursivo los derechos humanos significan la creación del concepto de los ideales del hombre, ese derecho se encuentra relacionado con el ser, su cosmogonía y la interacción con el mundo. Es llamado “humano” ya que los diversos ordenamientos establecen límites a la actuación del poder estatal en cualquiera de sus versiones frente al gobernado. Cuando un individuo priva a otro de la vida, se estará ante un hecho que sanciona la ley penal y deberá ser castigado. Situación distinta es cuando el estado contraviene lo que dispone el estatuto del derecho a la vida y priva de la vida a un gobernando, por ello es necesario imponer límites al poder estatal. Los derechos humanos crean un coto al Estado y obligan a respetar esa individualidad de la persona. Los derechos humanos son en principio algo idealista, luego trascienden al nivel de ejecutividad y se intenta que permee en los países que han adoptados los catálogos internacionales. Algunos filósofos en sus obras han representado a los derechos humanos como un actuar por parte del Estado, no nada más de reconocimiento, sino implican un accionar, entre ellos Ernesto Garzón Valdés ha sostenido:

“Los derechos incluidos en el coto vedado son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son necesarias para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también necesidades básicas, en su doble versión de naturales o derivadas. Un ejemplo de necesidad básica natural es el comer o el contar con vivienda y vestido para protegerse de las inclemencias del clima. Una necesidad básica derivada es, en nuestras sociedades, el saber leer y escribir y estar vestido con un mínimo de decencia. Mientras las necesidades básicas naturales son las mismas en todas las sociedades, las derivadas cambian según los tiempos y las sociedades. Tienen, además, una tendencia a la expansión. Javier de Lucas plantea la pregunta de cómo se conocen los derechos que deben ser incluidos en el coto vedado y cómo se conocen los derechos fundamentales que están incluidos en prácticamente todas las Constituciones democráticas. Si el término conocer significa tan sólo enterarse de su existencia universalmente aceptada, una vía sumamente fácil es

²⁰⁰ P.J.J.1/2015, *Semanario Judicial de la Federación su gaceta*, décima época, Tomo I, 6 de marzo de 2015, p. 117.

*recurrir al catálogo de derechos humanos en las declaraciones de las Naciones Unidas y aprobados por todos los Estados del mundo.*²⁰¹

El fundamento de los derechos humanos parte de la naturaleza racional del individuo, implica construcciones discursivas que permiten crear conceptos como la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica, la propiedad. Los derechos humanos en un principio son declaraciones en sentido negativo que en la práctica obligan al Estado a omitir acciones en contra del gobernado. A *contrario sensu* para el individuo cuando es titular de un derecho realizarlo es una potestad dilemática con trascendencia para su esfera jurídica.

4.7 La sustentabilidad jurídica como fin para la acción en la argumentación constitucional.

En la argumentación constitucional se construyen los discursos relativos a los derechos humanos, éstos pueden hacerse desde una perspectiva objetiva, para el caso de estudios científicos que se requieran para solucionar un problema jurídico. Habrá expertos en el tema que aplicarán sus conocimientos y argumentarán técnicamente sobre un determinado tópico. La otra forma será desde una perspectiva subjetiva que requiera de la interioridad del sujeto que a través de sus vivencias, conocimientos, experiencias intervendrá en la resolución de una controversia jurídica. El resultado será la justificación a través de una intersubjetividad y solventara los problemas jurídicos que requieren de no sólo la construcción a través de un lenguaje. También operará la creación de fines para la acción basados en situaciones subjetivas que tiene una relación directa con la experiencia del ser humano a la hora de explicar los fenómenos en general, así como los fenómenos jurídicos. En la mayoría de los juicios resueltos por la Suprema Corte de Justicia relativas a derechos humanos se toman sobre el criterio de razón de suficiente.

²⁰¹ GARZÓN, Valdés, Ernesto. *Algo Más Acerca Del Coto Vedado*, Doxa, Alicante España, año VI, núm 6, enero-diciembre de 1989, p. 209.

Esto es que se somete a votación y será una cuestión numérica la que resuelva el problema jurídico planteado, cada uno de los sujetos que resolverán la instancia justificarán su decisión. La mayoría que haya votado en favor de un proyecto será la que ganará la disputa. Nuestra propuesta será que para la construcción de la decisión jurídica relativa a los derechos humanos se argumente desde la perspectiva de la sustentabilidad jurídica. Como se expresó la sustentabilidad tiene como fin satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas. De la misma forma la sustentabilidad jurídica permitirá a través de la argumentación jurídica satisfacer los derechos humanos actuales sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones. Las decisiones que tomen los jurados tendrán que darle sustentabilidad al sistema para que sus condiciones operativas se mantengan por un largo período de tiempo. La intersubjetividad de los elementos que se toman en la resolución de un problema se encuentra referido a situaciones que pasan por las vertientes científicas y subjetivas. Es cierto que el lenguaje en el derecho juega un papel primordial y en un juicio permite crear estrategias para construir una determinada realidad con el fin de persuadir con razones al juez y obtener un fallo favorable. En la argumentación ordinaria la forma en que se realizará ésta se encontrará reglada y además partirá de una tautología para adecuar la norma al caso concreto.

En la argumentación constitucional la construcción del argumento es arbitraria puede ser éste desde la moral, la religión, la economía, etcétera. Todo puede ser argumentado en situaciones relativas a los derechos humanos y el lenguaje será el medio para satisfacer esa forma arbitraria. La relación de la argumentación constitucional y la sustentabilidad son los derechos humanos y sociedad, la economía y contingencia para cumplir con las obligaciones estatales y cuestiones biológicas referidas a la ecología. Ésta tríada permite la reflexión en el análisis de los asuntos constitucionales. Sobre este respecto sostiene Dilthey:

“A partir de las famosas obras de Bacon, los escritos que se ocupan de los fundamentos y métodos de las ciencias de la naturaleza e introducen, de este modo, en el estudio de ellas, han sido redactados en su mayoría por sus propios investigadores, y los más conocidos entre todos son los trabajos de sir John Herschel. Pareja necesidad se dejó sentir entre los que se ocupaban de historia, política, de jurisprudencia, de economía política, de teología, de literatura, de arte. Parece que las necesidades de los que se dedican a esas ciencias son distintas de las necesidades prácticas de la sociedad, su finalidad otra que la formación profesional, que sirve a la sociedad para que ésta dote a sus órganos directivos de los conocimientos adecuados a sus tareas. Sin embargo, semejante formación profesional podrá capacitar a los individuos para rendimientos destacados sólo en la medida que transponga los límites de la formación estrictamente técnica. La sociedad se puede comparar a una gran máquina en movimiento, mantenida en él por los servicios de numerosas personas: quien se halle provisto tan sólo de técnica de su profesión encontrará, por muy bien que la posea, en la situación de un trabajador que durante su vida se ocupa en un solo punto de esa gran máquina, desconociendo las fuerzas que la ponen en movimiento y sin tener idea de las otras partes del ingenio y de su cooperación en el fin total.”²⁰²

Se perfila que los individuos que entiendan a las ciencias de la naturaleza y a las del espíritu comprenderán mejor el mundo. Las ciencias del espíritu tienen el efecto de explicar el actuar del ser humano. Cuando se ha dejado en manos de las ciencias duras y sus prolegómenos el mundo ha sufrido situaciones indecibles, se experimentó en la revolución francesa y también en las guerras mundiales.

“Las ciencias que tienen por objeto la realidad histórico-social buscan con mayor rigor que antes su conexión recíproca y su fundamento. Empujan en esta dirección, junto con las causas que obedecen al estado de cada ciencia positiva particular, poderosos impulsos que provienen desde las conmociones experimentadas por la sociedad desde la Revolución francesa. El conocimiento de las fuerzas que rigen la sociedad, de las causas que han producido sus conmociones, de sus recursos para un progreso sano, todo esto se ha convertido en una cuestión vital para nuestra civilización.”²⁰³

En la protección de los derechos humanos se vislumbra la debilidad del ser, su condición frágil es evidente desde su nacimiento. Por esta vulnerabilidad se volvió cooperativo. El hombre para salir adelante como sociedad tuvo que cooperar, ésta se realizó desde una perspectiva en donde los seres humanos vertieron sus talentos para llegar a un fin.

“A consecuencia de la limitación de la existencia humana, las necesidades que radican en su naturaleza no son satisfechas por la actividad aislada de los

²⁰² DILTHEY Wilhelm. *Op. cit.* Pos. 585.

²⁰³ *Idem*, pos. 601.

*individuos, sino en la división del trabajo humano y en la marcha sucesiva de las generaciones. Esto resulta posible por la homogeneidad de la naturaleza humana y por la razón alerta que está al servicio de aquellos fines. De esta circunstancia deriva la adaptación de la acción a los resultados del trabajo de la generación anterior, a la cooperación de la actividad entre los contemporáneos. De este modo los fines esenciales del hombre recorren la historia y la sociedad.*²⁰⁴

Si bien el derecho se aprecia como un lenguaje para un fin, las cuestiones relativas a los derechos humanos y su determinación como tales en cuanto a significado son creaciones humanas que vienen del padecer del hombre. El mundo es creado a través del lenguaje, para el caso de los derechos humanos son consecuencia del padecimiento. Se explica de esta forma ya que la sensación de hambre la ha tenido cualquiera, la enfermedad también ha marcado nuestra vida, la falta de salud en alguna etapa nos ha asolado, el quedarnos sin techo para guarecernos de la lluvia la hemos vivido todos.

El sufrimiento no es una creación del lenguaje, se describe a través de éste, tampoco es una creación de la mente, se trata de una vivencia de la condición humana y que hace que intentemos a través de la cooperación corregir o regresar al estado menos aflictivo. La creación del derecho como técnica del orden social tiene como fin el paliar el padecimiento físico. Nos asociamos para no sufrir tanto, cooperamos para desterrar el desconsuelo, creamos rituales para honrar a nuestros muertos y llorarlos, la agonía es la identidad común, el derecho surge como una forma de cooperar.

“Por lo tanto, el derecho representa una función de la organización externa de la sociedad. Tiene su sede en la voluntad total dentro de esta organización. Mide las esferas de poder de los individuos, en relación con la tarea que les corresponde dentro de esta organización externa, con arreglo al lugar que ocupan. Representa la condición de todo actuar consecuentemente de los individuos dentro de los sistemas culturales. Sin embargo, el derecho ofrece otro aspecto por el que es afín a los sistemas culturales. Representa una “conexión fin”. Una conexión tal va produciendo cada voluntad, por lo tanto, también la estatal, en cada una de sus manifestaciones, ya construya caminos, organice ejércitos o cree derecho. También esa voluntad estatal tiene que apoyarse en cada una de sus manifestaciones no sólo en el derecho sino en la cooperación de los que le están sometidos. Pero el nexo final que implica el derecho muestra propiedades

²⁰⁴ Idem, pos. 1404- 1405.

*especiales que derivan de la relación de la conciencia jurídica con el orden jurídico.*²⁰⁵

Se cita el caso de Sócrates que a través de una resolución es condenado a muerte. La ejecución de la pena consistía en la ingesta de la cicuta, en el Fedón o del alma se escenifica:

*“Después de haber dicho esto, llevó la copa a los labios y bebió con tranquilidad y una dulzura maravillosa. Hasta entonces nosotros tuvimos fuerza para contener las lágrimas, pero al verle beber y después de que hubo bebido, ya no fuimos dueños de nosotros mismos. Yo sé decir que mis lágrimas corrieron en abundancia, a pesar de todos mis esfuerzos no tuve más remedio que cubrirme con mi capa para llorar con libertad por mí mismo, porque no era la desgracia de Sócrates la que yo lloraba, sino la mía propia pensando en el amigo que iba a perder. Critón, antes que yo, no pudiendo contener sus lágrimas había salido; y Apolodoro, que ya antes no había cesado de llorar prorrumpió en gritos y en sollozos que partían el alma de cuantos estaban presentes, menos la de Sócrates. -¿Qué hacéis -dijo-, amigos míos? ¿no fue el temor de estas debilidades inconvenientes lo que motivo el haber alejado de aquí a las mujeres? ¿por qué decir siempre que es preciso morir oyendo buenas palabras? Manteneos, pues, tranquilos y dad pruebas de más firmeza. Estas palabras nos llenaron de confusión, y retuvimos nuestras lágrimas”*²⁰⁶

De la representación se concluye que es una pena lo que agobia a los discípulos de Sócrates quienes experimentan de manera común la tristeza de perder a su maestro. A todos nosotros en algún momento de la vida hemos padecido alguna situación de este tipo. De la escena se concluye que a través del padecimiento es que se han perfeccionado los derechos humanos. Cuando finalmente muere Sócrates se describe su deceso y el sufrimiento de los discípulos:

*“Al mismo tiempo este mismo hombre, que le había dado el veneno, se aproximó, y después de haberle examinado un momento los pies y las piernas, le apretó con fuerza un pie y le preguntó si lo sentía, y Sócrates respondió que no. Le estrecho en seguida las piernas y, llevando sus manos más arriba, nos hizo ver que el cuerpo se helaba y endurecía, y tocándole él mismo, nos dijo que en el momento que el frío llegase al corazón, Sócrates dejaría de existir. Ya el bajo vientre estaba helado, y entonces descubriéndose, porque estaba cubierto, dijo, y estas fueron sus últimas palabras:- Critón debemos un gallo a Asclepio; no te olvides de pagar esta deuda.”*²⁰⁷

²⁰⁵ Idem, pos. 2067-2068.

²⁰⁶ Platón. *Los diálogos de Platón Fedón o del alma*, 30ª ed., México- DF, Porrúa, 2007, pp 603-604.

²⁰⁷ Idem, p. 604.

La muerte es una constante en la vida de los hombres y provoca sufrimiento en el entorno social. La evocación del sufrimiento siempre estará vigente en el fallo de un problema jurídico relativo a los derechos humanos. Está es la parte subjetiva que el juzgador aplica, la identidad o contradicción sobre el padecer de quién dice sufrió la violación al derecho humano es fundamental transmitirla. La agonía del padecimiento es una situación vivida por el individuo.

La sustentabilidad surge como una respuesta a los problemas de escasez originada por una terrible explotación del medio ambiente, aquí no hay sufrimiento propio, es a través de los sentidos que se advierte que el planeta ha tenido cambios. Los ríos se salen de madre al parecer sin causa alguna y en algunos sitios las lluvias torrenciales no cesan. Estos cambios son perceptibles y producen la pregunta de qué los origina. Cuando sucede un evento de esta naturaleza en que somos espectadores de un fenómeno natural se genera escasez para algunos, esto de nueva cuenta trae la cooperación de los individuos:

“Finalmente, existe la condición de la escasez moderada que abarca una gran variedad de situaciones. Los recursos, naturales y no naturales, no son tan abundantes que los planes de cooperación se vuelven superfluos; por otra parte, las condiciones no son tan duras que toda empresa fructífera tenga que fracasar inevitablemente. Mientras que todos los acuerdos mutuamente ventajosos son factibles, los beneficios que producen se quedan cortos frente a las demandas planteadas por los hombres.”²⁰⁸

Mientras el padecimiento se vive, se sufre en el cuerpo, los fenómenos naturales se viven de afuera hacia dentro, son referenciales, un huracán, un sismo, una inundación, un tornado provocan la acción de los individuos para protegerse de la mejor manera. La contingencia del hombre lo hace vivir estas visiones, la interna y la externa, los derechos humanos se desarrollan en ambas.

La redacción de la Constitución sobre la provisión de los derechos humanos del Estado parece absoluta, pero se trata de respuestas abiertas. Para dotarlos

²⁰⁸ RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*, México-DF, FCE, 2012, edición electrónica, pos. 2589.

requieren necesariamente de un estudio que abarque si es posible el otorgamiento de éstos. Una casa digna, la salud, la escuela, la comida saludable sobre el respecto dispone Rawls:

Así, puede decirse brevemente que las circunstancias de la justicia se dan siempre que, en condiciones de escasez moderada, las personas presenten demandas conflictivas ante la división de ventajas sociales.²⁰⁹

Los derechos humanos requieren de cosas materiales, como recursos económicos. La enunciación en la Carta Magna no significa su otorgamiento inmediato, lo que producirá en un momento dado será restringir de manera temporal la libertad en cuanto pedirlos y que me sean concedidos, si de manera material es imposible habrá una restricción a la libertad de exigencia.

“Estando en las circunstancias de la justicia, están situados en el mundo con otros hombres, quienes también se enfrentan a limitaciones tales como una escasez moderada o intereses competitivos. La libertad humana ha de ser regulada por principios elegidos a la luz de estas restricciones naturales.”²¹⁰

El enfoque de los fenómenos naturales no se realiza desde el punto de vista de la agonía del ser al padecer éste de manera personal el sufrimiento. Las cuestiones relativas al entorno son vivencias que modifican nuestros hábitos y hacen tomar previsiones para que en el caso que sucedan nos afecten lo menos posible. Las restricciones obviamente se discutirán dentro del ámbito de las ciencias objetivas realizando estudios científicos sobre los temas a resolver. La objetividad de la ciencia produce escalas, la mensurabilidad de los fenómenos que se investigan puede ser analizada y con ello tomar decisiones. La sustentabilidad jurídica irá enfocada al análisis intersubjetivo y con ello se tomarán las decisiones que resolverán un problema jurídico dejando las variables operando para un tiempo largo.

²⁰⁹ RAWLS, John, *Op. cit.* pos. 2604.

²¹⁰ RAWLS, John. *Op. cit.* pos. 5066.

CONCLUSIONES

Existe una forma ordinaria de argumentar y es la referida a la legalidad, esto es a la aplicación de la ley a un caso concreto. La argumentación ordinaria es tautológica, es o no es lo que dispone la hipótesis normativa el carácter dilemático es su principal característica.

La forma ordinaria de argumentar se refiere a la materialidad constitucional que se traduce en la legalidad de la autoridad al momento de aplicar la ley, es encontrarse en el supuesto de ley y aplicarlo.

Existe una forma de argumentar distinta a la ordinaria y es la constitucional, ésta se refiere a que no existe una sanción por parte de una disposición constitucional ya que es abierta. En este caso como no existe la sanción sobre el respecto se tiene que crear en virtud de la argumentación el límite constitucional y la forma en que será dado ese derecho humano.

La argumentación constitucional se refiere a la naturaleza que es el desarrollo de los derechos humanos en el plano material, en la ejecutividad de las normas que dispone la Constitución.

Las Constituciones establecen en su clausulado de los derechos humanos, situaciones negativas por parte del Estado que implica que el ente gubernamental deje de hacer o realizar para que se desarrolle el individuo. El derecho de libre tránsito, la propiedad, el número de hijos a elegir pueden ser ejemplos sobre esos actos negativos que el estado debe de respetar para que el individuo pueda realizarse en los diversos aspectos de la vida.

Las diversas Cartas Magnas de los Estados incluyen para con sus gobernados los derechos humanos positivos, entendidos éstos como aquellos en que el Estado debe de proveer determinados satisfactores mínimos que constituyen un hacer y tienen una naturaleza contingente. Las diversas capacidades de los Estados podrán colmarlo de manera inmediata y precisamente esa contingencia es la que nos determina un análisis que implica la participación de diversos sistemas como son el económico, el ecológico y el social. A través de esa participación es que se toman las decisiones e implican un actuar intersubjetivo.

La sustentabilidad aparece como una forma de resolver los problemas de los derechos humanos, sobre todo aquellos referidos a los derechos humanos positivos que establecen prerrogativas a los miembros de un estado ya que permite analizar de una manera mensurable las diversas disposiciones hasta qué punto pueden ser desarrolladas por el Estado reconociendo y otorgando los diversos derechos humanos que le corresponden, pero sin afectar de manera grave los diversos recursos para las generaciones futuras.

La sustentabilidad jurídica permite que los sistemas que participen en la resolución de las problemáticas planteadas se conjunten desde uno solo y en el centro de las determinaciones se encontrará la sustentabilidad jurídica actuando de manera conjunta y no yuxtapuesta como muchas veces son resueltos los problemas en los contextos legales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRON, Carlos y Eugenio BULYGIN. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires- Argentina, Editorial Astrea, 1987.
- _____. Sobre la existencia de las normas jurídicas, D. F.- México, Fontamara, 1997.
- ALEXY, Robert, El concepto de validez del derecho, 2ª ed., Barcelona- España, Gedisa, 2004.
- _____. Teoría de la argumentación jurídica, Lima-Perú, Palestra, 2010.
- Aristóteles, Rethoric, trad., J. H. Freese, Estados Unidos, Charles River Editors, 2015.
- _____. Tratados de lógica, México, 10ª, DF-México, Porrúa, 2001.
- ATIENZA, Manuel. Introducción al derecho, México, Fontamara, 1985.
- _____. Las razones del derecho teorías de la argumentación jurídica, México, UNAM, 2003.
- BERGOGLIO, Francisco. Laudato si', Vaticano, 2015.
- BLANCHÉ, Robert. La axiomática, D. F. México, FCE, 2002.
- BIBLIA CASIODORO DE REINA. 2012.
- BOBBIO, Norberto. Derecho y lógica, DF-México, UNAM, 1965.
- _____. El problema del positivismo, 12ª, DF-México, Fontamara, 1965.
- CICERÓN, La invención de la retórica, Madrid-España, Gredos, 1997.
- COSSIO, Ramón. Ciencia Jurídica y Constitución, DF-México, Porrúa-UNAM, 2008.
- DAVID René y Camile JAUFFRE-SPINOSI, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, 13ª ed., trad. Jorge Sánchez Cordero, DF-México, UNAM, 2010.
- DE LA CRUZ, Zamudio, Juan A. et al. Una introducción a la hermenéutica fiscal, México, Porrúa, 2007.
- DEHESA, Dávila Gerardo. Introducción a la retórica y a la argumentación, 2ª ed., DF-México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.
- DILTHEY, Wilhelm. Introducción a las ciencias del espíritu, DF-México, FCE, 2015.
- DURKHEIM, Émile. Las reglas del método sociológico, DF-México, Colofón, 2011.
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, Barcelona-España, Ariel, 2012.
- ECO, Humberto, Los límites de la interpretación, Milán-Italia, Lumen, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, 4ª ed., Madrid-España, Trotta. 2004.
- FERRER, Beltrán, Jordi. Prueba y verdad en el derecho, 2ª ed., Madrid-España, Marcial Pons, 2005.
- FRANK, Jerome. Derecho e incertidumbre, 3ª ed., México, Fontamara, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método, 3ª ed., Salamanca-España, Sigueme, 1977.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método II, Salamanca-España, Sigueme, 1998

GARZÓN, Valdes, Ernesto. Algo más acerca del coto vedado, Doxa, Alicante-España, año VI, num. 6, enero-diciembre de 1989.

GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de constitución. Revista cuestiones constitucionales, México, 1999, núm. 1, julio-diciembre.

HABERMAS, Jürgen, Teoría de la acción comunicativa II, México- DF, Taurus, 2002.

_____ Teoría de la acción comunicativa, Madrid- España, Trotta, 2010.

HART, H. L. A. El concepto de derecho, 2ª ed., Buenos Aires-Argentina, Abeledo-Perrot, 1963.

HOBBS, Thomas. El leviatán Tomo I y II. 6ª ed., México-DF, Gernika, 2007.

HOMERO. La iliada trad. por Luis Segalla y Estalella, Estados Unidos, FV Éditions, 2013.

HUME, David. Tratado de la Naturaleza Humana, (Edición electrónica), Francia, FV Éditions, 2014.

KELLER, Albert. Teoría General del conocimiento, Barcelona-España, Herder, 1988.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, 12ª. Ed., DF-México, Porrúa, 2002.

_____ ¿Qué es la justicia?, México, Fontamara, 1991.

KUHN, Thomas. Las revoluciones científicas, DF-México, FCE, 1971.

LASALLE, Ferninand. ¿Qué es una constitución?, México, Edit. Coyoacán, 1994.

LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil, 6ª ed., México, Gernika, 2005.

MACCORMICK, Neil. Legal reasoning and legal theory, Oxford- Inglaterra, Oxford University, 1978.

MONTESQUIEU, Charles. El espíritu de las leyes, 17ª ed., DF-México, Porrúa, 2007.

MORESO, Juan José. La constitución modelo para armar, Madrid- España, Marcial Pons, 2009.

NOGUEIRA, Alcalá, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, México, UNAM, 2003.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe Brundtland, 1987.

PERELMAN, Chaim y L. OLBRECHTS-TYTECA. Tratado de la argumentación, Madrid-España, Gredos, 1994.

PEREZ, Karla. Principio de igualdad: alcances y perspectivas, México, UNAM, 2005.

PIKETTY, Thomas. El capital en el siglo XXI, FCE, 2014.

PLATAS, Pacheco, María del Carmén. Filosofía del derecho analogía de proporcionalidad, México- DF, Porrúa, 2003.

PLATÓN. Los diálogos de Platón “Gorgias o de la retórica”, 30ª ed., DF-México, Porrúa, 2007.

PLUTARCO. Vida de Alejandro, DF-México, FCE, 1996.

POPPER, Karl. La lógica de la investigación científica, Madrid- España, Tecnos, 1980.

_____ Conjeturas y refutaciones, Buenos Aires-Argentina, Paidós, 1983.

QUINTILIANO, Marco Fabio. Instituciones Oratorias del célebre español M. Fabio Quintiliano. Imprenta de la Administración del Real Arbitrio de Beneficencia, Madrid-España, 1799.

RAWLS, John, Teoría de la Justicia, México, FCE, 2012.

RIBEIRO Toral, Gerardo. Verdad y Argumentación, 2ª ed. México, Porrúa- Tribunal de lo contencioso del Estado de Guanajuato, 2007.

_____. Toral, Gerardo. Verdad y Argumentación, 4ª ed. México, Porrúa- Tribunal de lo contencioso del Estado de Guanajuato, 2015.

SCHILL, Ulises. Lógica y derecho, 2ª ed., DF- México, Fontamara, 1997.

SCHMITT, Carl. El leviatán en la doctrina del estado de Thomas Hobbes, 2ª ed., DF- México, 1997.

TAMAYO y Salmorán, Rolando. Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente, México- DF, UNAM, 2005.

_____. Introducción al estudio de la Constitución, México, Fontamara, 2006.

_____. Introducción analítica al estudio del derecho, DF- México, Themis, 2007.

_____. Razonamiento y argumentación jurídica el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho, 2ª ed., México- DF, UNAM, 2009.

_____. El origen del proceso (a la luz de la obra de Hans Julius Wolff), DF- México, Porrúa, 2010.

_____. Juris prudentia: More geométrico. Dogmática, teoría y metateorías jurídicas, México- DF, Fontamara, 2013.

TOULMIN, Stephen. The uses of argument (updated versión) New-York-Estados Unidos, Cambridge University Press, 2003.

VÁZQUEZ, Rodolfo. Teoría del derecho, México- DF, Oxford, 2008.

VEGA Luis y Paula OLMOS. Compendio de lógica, argumentación y retórica, Madrid-España, Trotta, 2011.

VIEHWEG, Theodor. Tópica jurídica y filosofía del derecho, 2ª ed., Barcelona-España, Gedisa, 1997.

VILAJOSANA Josep. El derecho en acción, España, Marcial Pons, 2010.

XIRAU, Ramón. Introducción a la historia de la filosofía, 13ª ed., México- DF, UNAM, 2009.

LEYES

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2015.
CÓDIGO CIVIL FEDERAL.
CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE QUERÉTARO.

SITIOS EN LA RED

HABERMAS, Jürgen, "Nuestro breve siglo", traductor José María Gay. (Documento web), 1998, <http://www.nexos.com.mx/?p=865> 1º de Agosto de 1998.

JUSTITIA US SUPREME COURT.
<https://supreme.justia/cases/federal/us/40/449/case.html>. 11 de febrero de 2016.
<https://supreme.justia/cases/federal/us/60/393/> 11 de febrero de 2016.

MONOGRAFÍAS.COM. <http://www.monografias.com/trabajos89/historia-programacion-lineal/historia-programacion-lineal.shtml>. 30 de mayo de 2016.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. México. Amparo directo en revisión 517/2011. (Documento web) 2013.
https://www.scjn.gob.mx/pleno/documents/proyecto_resolucion/adr-517_2011.pdf 23 de mayo de 2013.