



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

FACULTAD DE DERECHO

DOCTORADO EN DERECHO

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

TESIS

QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER EL GRADO
DE

DOCTOR EN DERECHO

Presenta:

CARLOS ALBERTO MURILLO CÁRDENAS

Dirigido por:

DOCTOR RAÚL RUIZ CANIZALES

Centro Universitario

Querétaro, Qro.

Enero de 2017



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Doctorado en Derecho

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de
Doctorado en Derecho

Presenta:

Carlos Alberto Murillo Cárdenas

Dirigido por:

Dr. Raúl Ruiz Canizales

Dr. Raúl Ruiz Canizales
Presidente



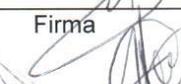
Firma

Dra. Nohemí Bello Gallardo
Secretario



Firma

Dra. Gabriela Aguado Romero
Vocal



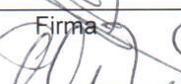
Firma

Dr. José Fernando Vázquez Avedillo
Suplente

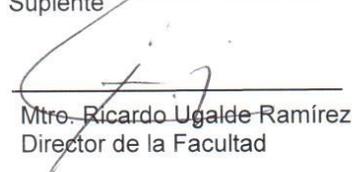


Firma

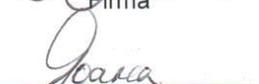
Dr. Alina del Carmen Nettel Barrera
Suplente



Firma



Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Director de la Facultad



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

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Enero del 2017

Introducción

El Estado de Derecho sentó las bases jus positivistas para interpretar y aplicar el derecho, sustentando que las reglas jurídicas aplicadas a manera de subsunción eran suficientes para dar respuesta a la dinámica social, ésta era la forma de responder a cualquier controversia jurídica, sosteniendo por ende una pretendida certidumbre jurídica y científica siempre con referencia a las disposiciones jurídicas plasmadas a manera de reglas; la objetividad del intérprete está cooptada por estas reglas, puesto que garantizaban una separación entre la moral y el derecho, es así como en el intérprete representa un papel pasivo en la aplicación de la ley.

Ahora, mediante el modelo de Estado Constitucional de Derecho, en concordancia con lo que la dogmática ha denominado también un Estado principiológico, se observa la preminencia de principios jurídicos en la interpretación y aplicación de las reglas en un sistema jurídico, y esto ha generado muchas complejidades muy imprecisas que atentan contra la científicidad del derecho y contra la ida de certeza y seguridad jurídica de todo Estado, puesto que el casuismo suscitado dentro de la sociedad plural, compleja y global ha rebasado los criterios de interpretación sustentados por el Estado de Derecho.

En razón de ello, se ha presentado la convergencia de elementos que ameritan analizarse ante el Estado Constitucional de Derecho, de inicio el tipo de razonamiento jurídico expresado a manera de decisiones, en ello, la toma de posición metodológica en los intérpretes, puesto que el casuismo presenta la tesis de la pluralidad de respuestas a casos difíciles que ameritan cierto control científico por parte de los principios jurídicos, hacen referencia a que el conocimiento científico en el derecho se puede sostener con un tipo de argumentación jurídica, en la cual se justifique la consecución de ciertos fines tanto individuales como colectivos, con origen constitucional o convencional, y lo más importante, de naturaleza axiológica o sustentados en los primeros principios del derecho.

Lo anterior es así toda vez que se ha desarrollado un discurso en las distintas posiciones teóricas que se abocan a solucionar este tipo de dilemas, en esencia, los denominado conflictos entre principios del derecho en la solución de los casos difíciles que apuntara Ronald Dworkin.

En este sentido, los principios jurídicos que surgen de las diversas disposiciones jurídicas de ubicación tanto nacional como internacional, de fundamentación positiva o axiológica generan contextos tan generales que, vuelven impreciso el sentido y comprensión de la norma jurídica, en este contexto, los intérpretes resuelven en una aparente diversidad de sentidos, ya sea atendiendo a un fin individual o colectivo.

En la actualidad se pueden observar distintas problemáticas sociales que alteran el “control” de los postulados teóricos de un Estado de derecho, y ponen a los distintos intérpretes, en una posición ‘libre’ en su decisión, puesto que al usar técnicas de coherencia de principios jurídicos tales como la ponderación y la proporcionalidad han confundido técnicas de interpretación sobre reglas jurídicas ahora a los principios jurídicos, lo que no abona nada al campo científico del Derecho.

En otras palabras, lo que se presenta a manera de un lenguaje jurídico indeterminado universal, general y abstracto vía principios jurídicos, en sistemas jus positivistas en donde existe una supremacía constitucional, se han observado filtraciones jus naturalistas vía las normas de origen internacional llamados derechos humanos; se presenta ahora un modelo denominado Estado Constitucional de derecho.

El problema general de esta investigación, radica en que las distintas corrientes teóricas que existen y que pretenden justificar tanto la existencia, la naturaleza, la interpretación y la aplicación del derecho han establecido diversas premisas a manera de principios jurídicos y por ende un modelo de razonamiento judicial, de inicio a manera de la subsunción de reglas jurídicas positivas a los casos fácticos, cuya característica normativa es la carente valorización del texto legal, así como la pasividad axiológica del interprete en su aplicación en aras de una certeza y seguridad jurídica, lo cual traslapado ante el Modelo constitucional de derecho ha generado ambigüedades, complejidad e incertidumbre en la interpretación ahora de los principios y reglas jurídicas.

Ante ello, el discurso de la ciencia ha establecido taxonomías científicas que definen y conceptualizan la validez de un conocimiento que se precie de ser científico, para las ciencias sociales a la que pertenece el derecho esta validez está en función de varios elementos lo que hace generar interrogantes como ¿Qué podemos comprender como válido científicamente en la aplicación e interpretación del derecho cuando se usan principios jurídicos?, en esa perspectiva general podremos advertir por añadidura las

siguientes cuestiones ¿Qué elementos en la aplicación del derecho conforman un criterio de validez al que se le pueda llamar científico?, ¿Las ciencias duras y las ciencias sociales serán coincidentes en estos criterios? ¿en la aplicación e interpretación del derecho que elementos de validez deben ostentar los intérpretes?, ¿Cómo se han usado los principios jurídicos en estos criterios de validez?, ¿existe la distinción entre principios de la ciencia, principios lógicos, principios axiológicos y principios del derecho en este uso? y, ¿Cuáles serían los elementos de validez adecuados para un razonamiento judicial científico con énfasis en los principios jurídicos que implican la protección de derechos humanos?, ¿es necesaria la propuesta de modelos de interpretación con principios jurídicos en el modelo de Estado Constitucional de derecho?.

Las variables que orbitan el objeto de estudio están íntimamente ligadas con el discurso actual del derecho, en esencia sobre su descripción y comprensión metodológica de la realidad fáctica y formal, ya que en un Estado constitucional de derecho principialista los conflictos en un sistema normativo y el uso de los principios jurídicos ameritan precisar los alcances, la conceptualización y los efectos en un escenario en los que se encuentran confrontados tanto el interés individual con el interés colectivo y la restricción o no de los llamados derechos humanos en función de esos fines.

Toda explicación, demostración o justificación de un trabajo que pretenda tener características de científicidad debe de especificar tres cuestiones operativas básicas, la primera es la referente a la cuestión conceptual del tema o problema investigado; el segundo referente a la cuestión metodológica, y la tercera, la cuestión teleológica o finalística, que implica los fines a los que se quiere llegar.

Las diversas posturas teóricas sobre el Derecho de manera general siguen este esquema, es decir, primero conceptualizan su problema de estudio, toda vez que es necesaria la precisión semántica de los vocablos a utilizar y en su caso las conceptualizaciones de los mismos para en su momento encontrar consensos.

En segundo término, existen diversos tipos de métodos, cada uno sirve como herramienta para construir el andamiaje necesario según el tipo de problema a resolver, he aquí donde se plasma la diversidad ideológica en la pretendida demostrabilidad de la objetividad, la coherencia y la transmisibilidad del resultado de las diversas posturas teóricas y

opiniones de algunos “juristas”, puesto que en la elección del método se puede abstraer la finalidad que persigue el investigador o jurista, y además de que para demostrar la razonabilidad de un argumento es menester decir que se quiere lograr, cual es el fin último, siendo el método a usar la forma en la que se puede lograr.

Por último, la finalística o teleología, que implica el objetivo general a cumplir, cual es el fin que se busca, cual es la conducta que se pretende se establezca como obligatoria, cual es el valor que se quiere normar, ello implica la consecución de valores comúnmente superiores y aceptados por un grupo de personas y generalmente —como es la tendencia— descritos en sus respectivas constituciones, aunque no necesariamente.

Estos tres aspectos se encuentran íntimamente relacionados, en una codependencia integral, que en términos del lenguaje científico permite la comprensión y sentido del Derecho, y ante dicho escenario, se pone en tela de juicio la frase consistente en la afirmación de que pueda existir una única posible solución a los problemas jurídicos actualmente. Puesto que podemos observar diversas soluciones a controversias cuando se pretende la determinación concreta del Derecho en donde los principios jurídicos juegan el papel fundamental.

En otras palabras, cuando se analiza el razonamiento judicial, se busca coherencia con el Derecho y con el lenguaje de la ciencia, puesto que si se pretende que una norma establezca la misma pauta de conducta entre los individuos y el Estado, vía aplicación e interpretación de esas ‘normas’, sin embargo, los escenarios que derivan de estas premisas y que son objeto de estudio son los siguientes:

Primero. El uso del discurso normativo requiere del seguimiento de los estándares de la cientificidad para vencer el problema de la subjetividad y por ende la arbitrariedad de los interpretes en la aplicación y sobre todo en la interpretación dispersa del derecho.

Segundo. Los operadores del Derecho usando este discurso normativo, aplican las reglas y principios jurídicos existentes dentro de lo que se ha considerado el sistema normativo, y cuya tendencia es que estos existan en una Constitución.

Tercero. En la aplicación de estas reglas y principios jurídicos, se discute si existen o no antinomias, la dogmática ha pretendido superar las mismas con técnicas de justificación

como la ponderación, los postulados, la razonabilidad, y la proporcionalidad, sin embargo, se observa que los fines normativos están en función de la protección de los derechos llamados “humanos”.

Cuarto. Y que la solución a esas controversias o antinomias en un modelo de Estado constitucional formula una primacía o preponderancia de los derechos individuales por sobre los derechos colectivos.

Quinto. Existe un uso indiferenciado de los principios jurídicos en la interpretación y aplicación del derecho, es decir, al existir los principios de la ciencia, principios lógicos, principios axiológicos, principios constitucionales, principios de la corte, principios sectoriales, principios sustantivos, principios procesales, etcétera.

La tesis sostenida en este trabajo radica en que dado el actual discurso jurídico ha fincado su validez epistémica en un tipo de razonamiento judicial que, al interpretar y aplicar el derecho en función de una primacía de coherencia acorde a los derechos humanos, se usen de manera diferenciada principios jurídicos con un alto grado de validez científica.

Sin embargo, el uso y tratamiento que se da a los principios jurídicos ha creado un subsistema que exhibe vicios tales como dificultades en la interpretación y claridad, conceptual y funcional, que denotan una dependencia a “ciertos factores” y con prejuicios que conllevan a una baja confirmabilidad en el establecimiento de criterios para juzgar las anomalías fácticas que se presentan dentro del discurso de un Estado constitucional de derecho.

Por ende, se sostiene que todo razonamiento judicial que use principios jurídicos, bajo determinado paradigma del derecho, debe evidenciar el uso de ciertos elementos que aporten validez científica y que permitan la demostrabilidad y justificación de la conveniencia y posterior aceptabilidad de una decisión, ya que esto abonará al campo de la certidumbre del derecho como ciencia.

Ante esa diversidad y tendencia, este trabajo tiene como objetivo general determinar la relación entre un modelo de validez para la ciencia del derecho, mediante el uso de los principios jurídicos en la interpretación y aplicación del derecho dentro del Estado de Constitucional de derecho en la actualidad.

Por ello, a lo largo del presente trabajo, se han delimitado los siguientes objetivos específicos que permitirán mostrar una visión coherente del objetivo general.

En el capítulo primero se busca especificar los alcances de la validez en la ciencia del derecho ante un paradigma del constructivismo social en contrastación con un paradigma jus positivista y jus naturalista en la aplicación e interpretación del derecho.

En el capítulo segundo, se pretende revisar el uso de los principios jurídicos, desde su sentido, comprensión y taxonomías de su contenido y formulación, a través de una muestra selecta de los principales exponentes que sostienen elementos que dotan de existencia al modelo de Estado constitucional de derecho principialista.

En el capítulo tercero se argumenta sobre los alcances del modelo del Estado constitucional de derecho y los principios jurídicos en los sujetos pertenecientes a ese sistema, sus deberes específicos y las premisas que enmarcan su función.

En el capítulo cuarto se analizan los parámetros de interpretación del derecho, en un modelo de Estado constitucional de derecho principialista, es decir, de cómo sería una interpretación jurídica con principios.

A lo largo del presente trabajo, se ha buscado analizar la información obtenida mediante un procedimiento analítico de teoría fundamentada, por medio de la cual se ha comparado postulados y premisas de manera constante, al pretender presentar como se han generado categorías conceptuales, así como sus propiedades, sus aspectos significativos y por ende la generación de ciertas hipótesis de trabajo.

Para posteriormente llegado el punto de saturación de información se está en la situación de un mayor alcance de comparación analítica, y nuevamente volver al punto de la integración de plausibles categorías conceptuales en base a sus propiedades y al final, poder delimitar los alcances de posibles lineamientos básicos de una teoría, que resulte en la máxima explicación y comprensión con el mínimo de conceptos y formulaciones, sin desligarse de la posibilidad de generalización de lo sustantivo a lo formal.

Índice

Introducción.....	3
Índice.....	9
Resumen.....	11
Abstrac.....	12
Dedicatoria	14

CAPITULO I

EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y SU VALIDEZ

1.1. La perspectiva científicista/cuantitativa	18
1.2. Instrumentalización del conocimiento (ciencias duras)	19
1.3. El formalismo	21
1.4. Del razonamiento lógico.....	23
1.5. De los criterios de validez en las ciencias duras	30
1.6. De los criterios de validez en las ciencias sociales	35
1.7. Cuadro comparativo de criterios de validez en las ciencias formales	40
1.8. De los criterios de validez para el derecho.....	41
1.9. La perspectiva de las ciencias sociales o cualitativas	44
1.10. Conclusiones.....	68

CAPITULO II

DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

2.1. Normas y principios.....	83
2.2. Clasificación de los principios en el Derecho	85
2.3. De los Principios Positivos del Derecho	89
2.4. De los Principios implícitos en el Derecho	99
2.5. De los Principios extra sistémicos del Derecho.....	112
2.6. De los principios Nombre del Derecho	116
2.7. De los Principios Construcción del Derecho.	118
2.8. Conclusiones.....	121

CAPITULO III

PRINCIPIOS JURÍDICOS Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

3.1. De las tesis de Rodolfo Luis Vigo.....	131
3.2. De la tesis de la separación del jus positivismo y no jus positivistas	134

3.3.	Del modelo de Estado de derecho constitucional	137
3.4.	De la tesis de la importancia de la teoría de la interpretación jurídica	157
3.5.	De la tesis del criterio de corrección del interprete.....	158
3.6.	De la tesis de la judicialización de la teoría jurídica	160
3.7.	Modelo de Estado de Justicia Social.....	162
3.8.	Conclusiones.....	165

CAPITULO IV

DE LA INTERPRETACIÓN CON PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

4.1.	Principios en sentido amplio: los principios son normas.	168
4.2.	Principios en sentido débil.....	169
4.3.	Principios y reglas jurídicas.....	17070
4.4.	De los postulados normativos	180
4.5.	De la interpretación con principios	183
Conclusiones.....		186
Bibliografía.....		192

Resumen

En la aplicación e interpretación del derecho, los usos de los principios jurídicos dotan de científicidad a las decisiones judiciales. Desde la perspectiva científica, la validez de las decisiones de justicia implica la construcción de justificaciones que convencan a un auditorio. Desde un análisis funcional los principios jurídicos ostentan una validez científico-jurídica, y generan un replanteamiento de posturas no positivistas. Además, para los intérpretes implica un papel de constructor y diseñador de la dogmática jurídica, lo que se verifica cuando se resuelven dilemas planteados por el derecho positivo en un contexto de multitud de sistemas que pretenden prioridad axiológica. En estos diversos sistemas tanto el científico, el jurídico y el moral presentan una tendencia principialista mal entendida, este trabajo pretende aclarar el uso, interpretación y aplicación de los principios jurídicos en un Estado Constitucional de Derecho.

(Palabras claves: Validez científica, principios jurídicos, razonamiento jurídico)

Abstrac

In the application and interpretation of the law, the uses of legal principles endow scientificity with judicial decisions. From the scientific perspective, the validity of the decisions of justice implies the construction of justifications that convince an auditorium. From a functional analysis the legal principles have a scientific-legal validity, and generate a rethinking of non-positivist positions. In addition, for interpreters it implies a role of constructor and designer of legal dogmatics, which is verified when dilemmas raised by positive law in a context of multitude of systems that claim axiological priority. In these diverse systems, scientific, legal and moral have a misunderstood principialist tendency, this paper aims to clarify the use, interpretation and application of legal principles in a Constitutional State of Law.

(Keywords: Scientific validity, legal principles, legal reasoning)

¿Quieres decirme, por favor, que camino debo tomar para salir de aquí?

-Eso depende mucho de a dónde quieres ir –respondió el gato-

-Poco me preocupa a donde ir –dijo Alicia.

-Entonces, poco importa el camino que tomes – Replicó el Gato.

-Con tal que conduzca a alguna parte – añadió Alicia como conclusión.

- ¡Oh! Puedes estar segura de que llegarás a alguna parte –dijo el Gato- si caminas lo suficiente.

Lewis Carroll. Alicia en el País de las Maravillas.

Dedicatoria

A mi esposa y a mis hijos por la paciencia que me tuvieron para terminar esta obra, a mi madre y a mi hermano por su apoyo siempre incondicional.

A mi amigo y director de tesis, Raúl, que sin sus consejos no habría elegido con prudencia el camino elegido en la intrincada vereda del conocimiento.

A los doctores Nohemí, Alina, Fernando y Gabriela, quien sin sus atinadas precisiones no hubiera encontrado el camino correcto para expresar lo que pienso como juez.

CAPITULO I

EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y SU VALIDEZ

En este capítulo el objetivo específico es especificar los alcances de la pretendida validez de la ciencia del derecho, en su aplicación o interpretación.

En consecuencia, lo que se busca es describir como el lenguaje de la ciencia ha establecido ciertos criterios de validez o de corrección que han permitido establecer estándares para que el conocimiento obtenido sea válido y coherente.

Con ello, se pretende demostrar que existen criterios o características que nos permitan afirmar con mayor grado de plausibilidad las aseveraciones que se realizan en el campo del Derecho.

En esa tesitura, podemos iniciar diciendo que en la medida que de las distintas formas de interacción entre los individuos se han desarrollado los discursos y las distintas formas de entender y concebir la realidad, ideada o fáctica, y que en especial el derecho ha tratado de entenderla, justificarla o describirla.

Una parte de esa realidad podemos encuadrarla entonces en esa lucha racional constante de lo individual contra lo social, se ha convenido que el conocimiento y la verdad de él generadas, establecen en primer término un criterio que dota de legitimación el quehacer científico de los individuos al tener como prístino fundamento el que nuestra conducta sea coincidente con lo que llamamos “razón”, y como cualidad, *la racionalidad* de nuestros actos dota de esa garantía de certeza, legitimación y estabilidad a ese producto llamado conocimiento o ciencia.

La racionalidad es entonces una característica del conocimiento humano resultado del entendimiento de esa realidad, y de ello han derivado formas en que calificamos a esa construcción del conocimiento para que sea válido y coherente. Sin embargo, esa concepción de racionalidad ha estado marcada de un sin número de interpretaciones y descripciones, la cual ha generado múltiples definiciones y disciplinas que la han abordado y desarrollado.

Existen tantos tipos de racionalidad científica como tipos de concepción del mundo, pese a ello, existen coincidencias y concreciones que han sido convenidos por cierto auditorio y que marcan la pauta para entender y justificar la realidad tanto natural como formal.

Una de las formas de expresión de la realidad está conformada por ese universo epistémico que comprende la realidad “natural”, puesto que es la que ha *explicado* un mundo físico y tangible, estableciendo leyes que han dotado de explicación a las causas y efectos de las cosas, y fundado múltiples relaciones de fenómenos observables y medibles.

En otras palabras, este tipo de conocimiento que ha sido el derrotero en la forma en que se genera el conocimiento que se considera válido para la colectividad ha dotado de un cuerpo teórico y referencial que ha pretendido la universalidad de su validez mediante sus postulados.

Y por otro lado tenemos al conocimiento que ha centrado su objeto de estudio en las llamadas ciencias sociales, cuyo estandarte radica en la explicación, descripción o interpretación de lo social.

Por ello a continuación se hará referencia de manera generalizada a las características que han generado los estándares de validez del conocimiento obtenido mediante el desarrollo teórico de cada una de estas perspectivas, a efecto de llegar a centralizar la generación de los postulados que enmarca cada uno de estos movimientos o tendencias acerca de lo que debemos de entender como conocimiento científico válido, para en el capítulo subsiguiente analizar bajo dichos estándares el razonamiento principiológico en el Derecho.

De inicio es esencial partir de la noción de paradigma de la ciencia, o paradigma científico, ello porque lo que se entiende por ciencia y su objeto de estudio ha implicado diferencias entre las diversas comunidades científicas sobre la naturaleza, los métodos y los fines propios de su práctica, ante tal situación Thomas S. Kuhn¹ estableció los alcances del término paradigma al entenderlo de la siguiente manera:

“...Al tratar de descubrir el origen de esta diferencia, llegué a reconocer el papel desempeñado en la investigación científica por lo que, desde entonces llamo paradigmas. Considero a éstos como realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica...”²

¹ Kuhn, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp. 13 y 51.

² Ídem.

“...En su uso establecido, un paradigma es un modelo o patrón aceptado y este aspecto de su significado me ha permitido apropiarme la palabra ‘paradigma’, a falta de otro término mejor...”³

Un paradigma es una imagen básica del objeto de una ciencia, sirve para definir lo que debe estudiarse. Es la unidad más general de consenso dentro de una ciencia y sirve para diferenciar una comunidad científica de otra. Subsume, define e interrelaciona los ejemplares, las teorías y los métodos e instrumentos disponibles.⁴

Una sistematización interesante es la planteada y rescatada por Miguel S. Valles, quien correlacionando las propuestas de Lincon y Guba afirma que los paradigmas deben de entenderse como un sistema de creencias básicas, principios y supuestos que se hallan interrelacionados sobre:⁵

- a) La naturaleza de la realidad investigada (supuesto ontológico). En la cual el planteamiento central versa sobre la pregunta ¿Cuál es la creencia que mantiene el investigador respecto a la naturaleza de la realidad investigada?
- b) Sobre el modelo de relación entre el investigador y lo investigado (supuesto epistemológico). De cómo el sujeto ha llegado, fabricado o producido intelectualmente determinado conocimiento, qué objetos de conocimiento hacen y qué hacen con esos objetos de conocimiento, ya sea por la comprobación de los hechos, sea o no subordinada a la construcción de los mismos o a la ruptura o conquista de los mismos. (En esencia el empirismo y el racionalismo son ejemplos.)
- c) Sobre el modo en que podemos obtener conocimiento de dicha realidad (supuesto metodológico).

Al respecto, el problema del conocimiento denominado científico se ha observado extensivamente que se hace de la tripartita división de este concepto, ya que cada ámbito implica respuestas y caminos que se han desarrollado desde distintas perspectivas; por ejemplo, hay variaciones en dicha tricotomía en el siguiente sentido, en especial tratándose de las ciencias sociales y por ende el derecho:

³ Ibídem p. 51.

⁴ Ritzer, G. *Teoría sociológica contemporánea*. Mc Graw-Hill Interamericana, Madrid, España, 1994, p. 598.

⁵ S. Valles, Miguel. *Técnicas Cualitativas de Investigación Social*. Síntesis, España, 2007, p. 49.

1. Elemento teórico-metodológico (Ontológico de naturaleza racional y explicativo).
2. Elemento axiológico (con la característica de óntico: memorístico y descriptivo).
3. Elemento epistémico (con carácter reflexivo y metacognitivo).

Como se puede observar, existe una diversidad estructural dentro de las ciencias formales como lo es el Derecho. Parte del problema estriba en que esa complejidad ha sido usada combinando premisas, conceptos y metodologías en aras del cumplimiento de determinada valoración o ideología, lo que ha llevado en muchos casos a generar y acrecentar la discusión sobre un alto nivel de subjetividad en las respuestas descriptivas que de esa realidad hace el Derecho.

Así las cosas, a continuación, desde esta visión paradigmática, se hará referencia de cómo la perspectiva de las ciencias cuantitativistas también llamadas positivistas en donde la explicación causal de las cosas ha generado un tipo de discurso mediante el cual se califica de válido y coherente determinado resultado obtenido, para de ahí partir de manera abductiva al campo del Derecho, claro desde la perspectiva cualitativa o también llamada perspectiva historicista o hermenéutica de las cosas, en donde la explicación por medio de la comprensión es fundamental.

1.1. La perspectiva científicista/cuantitativa

Esta postura defiende la existencia de un único método (el de las ciencias naturales), aplicado de manera general a todas las ciencias; al igual que el principio de causalidad y la formulación de leyes generales en el análisis de la realidad social. El énfasis se pone en la “explicación, en la contrastación empírica y en la medición objetiva de los fenómenos naturales e incluso los sociales⁶.

Esta perspectiva se basa en la explicación, ya que explicar un fenómeno es reducirlo a sus causas; se explica, por ejemplo, la caída de un objeto en virtud de que los cuerpos se atraen entre sí en proporción directa de la masa y en proporción inversa al cuadrado de la distancia. Esta vinculación entre la causa y el efecto es de necesidad: dada una causa se da un efecto y aparecido éste debió existir necesariamente aquella⁷.

⁶ Al respecto podemos aquí comprender todos los estudios epidemiológicos que principalmente las disciplinas relativas a la salud han desarrollado para entender y comprender los procesos propios de su objeto de estudio.

⁷ Giraldo Ángel Jaime, Giraldo López Mónica y Giraldo López Alejandro. *Metodología y técnica de la investigación socio jurídica*. Legis, Colombia, 1999, p. 32.

1.2. Instrumentalización del conocimiento (ciencias duras)

En esos términos, una de las vertientes o modelos de validez del conocimiento en su momento lo fue el hecho de tratar de entender la realidad del mundo factico desde la postura que ha sido identificada como el enfoque instrumental o desde las ciencias duras.

Con ello se hace referencia a que el conocimiento considerado como válido, es el que previamente debe cumplir con ciertos parámetros de legitimación, como lo es que todo fenómeno cognoscible sea capaz de ser medido, que pueda ser verificado por la comunidad, mediante el seguimiento de un método que va a dotar de validez a todo conocimiento, que dé certeza a los sujetos de que el fenómeno estudiado existe y puede ser medible, siempre bajo la condición de que si y sólo si, está en la medida del uso de instrumentos de medición que han sido aprobados por la comunidad de sujetos para validar las afirmaciones efectuadas, y en este sentido, se aceptará que la construcción de conocimiento de la realidad es “aceptada” y válida para todos.

Es ahí donde el concepto de ciencia sustenta sus afirmaciones, ya que al pretender conocer la realidad y demostrar la verdad de las afirmaciones, esta debe alcanzarse siguiendo ciertos pasos preestablecidos –método-, perfectamente medibles, mediante ciertos instrumentos y que con ello, inherentemente al seguir este proceso, se logra en el sujeto la congruencia entre su actuar y los resultados obtenidos al ser congruente el sujeto con los requerimientos de la comunidad epistémica tales como la objetividad, sistematicidad y racionalidad, los cuales dan la garantía de que el conocimiento obtenido es cierto y válido para todos, ya que las conclusiones a las que se lleguen tendrán la característica de universalidad.

Este modelo basa su legitimidad en la descripción que se haga de los fenómenos que resulten medibles de la naturaleza que ha constituido la realidad a examinar, ya que de la observación de ciertos hechos repetibles y medibles se proponía la generalización de los mismos como aplicados a todos y cada uno de los casos que cayeran en el supuesto. Entonces la explicación de los fenómenos naturales y propiamente de las llamadas ciencias naturales mediante la determinación de su causalidad dotaba del carácter de racional a todo conocimiento así obtenido, es decir, esa es la manera correcta de nombrar al mundo y las causas que lo generaban.

Sin embargo, este modelo determina a la realidad natural de una manera estática, es decir, limita la aplicación de sus lineamientos al seguimiento y peculiaridad de su método, ya que la relación entre el sujeto que pretende entender su realidad está perfectamente definida a la comprobación de sus afirmaciones mediante la evidencia física de los mismos y mediante el uso de la metodología y la instrumentalización que dotan de rigurosidad científica al conocimiento.

Un conocimiento será válido para el auditorio epistémico si éste previamente ha cumplido con su metodología, su sistematicidad y la objetividad necesarias. De la validez se llega a la certeza y verdad del conocimiento.

No se pueden aplicar estos postulados a lo que entendemos por derecho, éste necesariamente es un producto social creado, aplicado e interpretado por consenso entre las personas, que se materializa mediante el habla del sujeto que lo enuncia y mediante el acto disposicional coercible a manera de una norma, y cuya premisa de legitimación es la amenaza de la imposición de una sanción ante el incumplimiento de esa norma.

Es ahí donde ha estado el desarrollo de la evolución de la manera de explicar cómo se presenta el derecho y porqué existe. Si ponemos este panorama de contraste con los postulados científicistas señalados con anterioridad, nos percatamos que entran en crisis los postulados que afirman la validez del conocimiento desde la perspectiva de las ciencias duras, ya que las reglas de dicho modelo no pueden explicar o predecir el comportamiento humano en sus distintas expresiones.

Y si además partimos de la base que el derecho no puede garantizar siempre el mismo resultado, es decir, no siempre existe la certeza de que se modifiquen las conductas, entonces, todo dependerá de la contingencia de las interpretaciones de los propios sujetos sobre el contenido informativo de lo que implica la idea de derecho y del sentido que determine el aplicador del derecho en esa interpretación.

Por tanto, esto va a condicionar la probabilidad del conocimiento jurídico o del derecho que en esencia pretende derivar la validez y legitimación de sus afirmaciones basado en la mayor aceptación del escenario de las posibles generalizaciones de las interpretaciones posibles de los sujetos.

Entonces, este modelo que conceptualiza el conocimiento y la verdad como válidos desde el punto de vista instrumental, no da explicación a la causalidad de los actos sociales, ya que la explicación del modelo causalista no pueden explicar las relaciones del conglomerado social, en donde el derecho es muestra inequívoca de que en la sociedad la realidad se compone de situaciones que las reglas de la naturaleza no pueden explicar, como la causalidad por la que se presentan ciertos fenómenos sociales.

Ahora bien, esta perspectiva causalista ha permeado una forma específica de razonamiento que ha sido denominada como formalismo, la cual ha generado una manera particular de darle “validez” al razonamiento.

1.3. El formalismo

De la misma manera, esto ha incidido de manera directa en el llamado formalismo⁸, esencialmente consiste en perseguir la base de legitimidad de la ciencia en la jurisdicción de la propia ciencia. Su expresión típica ha sido la de darle preferencia a las relaciones lógicas sobre las epistemológicas; es aquí donde empieza el tipo de razonamiento que ha marcado en el Derecho su imagen más icónica, la forma en la que se llegaba a esa verdad. Pasan por alto que la verdad implica una relación epistemológica, pues es de manera preeminente una adecuación entre el símbolo y lo simbolizado.

Se empieza a vislumbrar que ese camino para llegar a la verdad lo han construido históricamente éstas ciencias bajo la perspectiva científicista, las ciencias llamadas “duras”, en donde aquello que hace posible el calificativo de científico a una proposición no es el hecho de su verdad entera, definitiva y congruente con la tangibilidad de su verificación, sino el camino o proceso conscientemente seguido para llegar a ella, esto es, el método.

También de aquí es posible derivar la verdad fundamental de que los principios de la ciencia en general han de ser permanentes y, por ende, comunes a todas las ciencias en tanto que son su fundamento inmutable, esto es, son verdades de hecho.

En otras palabras, la idea central que se maneja implica que no tenemos ningún medio de adquirir conocimiento, excepto por la vía de la observación de lo que ocurre realmente;

⁸ Una tendencia del formalismo se explica también en ciencias como son las matemáticas y por supuesto la lógica, en donde las “formas” usadas en la representación de sus conceptos son elementales y esenciales, pero también en las llamadas ciencias sociales, ello por el tipo de representaciones sociales —formas— que se interpretan.

más adelante cuando hablemos desde el Derecho, esta cuestión implica un obstáculo epistemológico. Entonces esta visión afirma que las verdades necesarias son verdaderas por definición, son verdaderas en virtud de su significado y de las reglas estipuladas o analíticas, sus aseveraciones son verdaderas sólo en virtud de su significado y de las reglas ya estipuladas para llegar a esa verdad.

Enfaticemos entonces que en este contexto la realidad existe de forma independiente y está regida por leyes inmutables, el conocimiento debe predecir y explicar los fenómenos mediante el conocimiento de esas leyes.

Que el científico o usuario de esa discursividad debe adoptar una postura de distancia, no interactiva, procurando que sus valores no interfieran en la obtención de resultados y que los enunciados o el discurso que se genere debe ser sometido a pruebas empíricas, bajo condiciones contrastadas por medio de la experimentación. Como podemos resaltar se califican como “no científicos” los enunciados de valor que contengan consideraciones axiológicas fuera del control del científico.

Para los científicos positivistas o de las ciencias duras, en el “principio de verificación” subyace una exigencia de abstenerse de calificar como verdadero o falso aquello que no se haya comprobado experimentalmente o que no se vea cómo se puede comprobar. La verificación, para ellos, es la piedra angular de cualquier proposición; permite la certeza acerca de su verdad y de su falsedad. El positivismo lógico, entendía por verificación el procedimiento adoptado mediante el cual se comprueba la verdad o falsedad de algún enunciado. La metodología de la que pretendieron echar mano consistía particularmente en el método científico que constaba de dos factores: a) la verificación empírica y b) el análisis lógico del lenguaje.

Los fundamentos metodológicos de este tipo de formalismo–positivismo es la inducción, a partir de los hechos para llegar a hacer generalizaciones teóricas. ¿Cómo se logra ello? Haciendo observaciones sin ningún prejuicio, recopilando datos de manera no selectiva, de manera controlada, clasificando los datos y posterior a ello haciendo cautelosas inferencias inductivas.

Seguido ese procedimiento, se tiene el principio de verificabilidad o criterio de demarcación. Este principio de verificación se formuló como sigue: “Sólo es verdadero aquello que se puede verificar experimentalmente”. La otra fórmula con la que se conoció

rezaba así: “Los enunciados sobre hechos sólo pueden valer en virtud de la experiencia”. De aquí se resalta el criterio de adecuación o de correspondencia entre las proposiciones y los hechos como criterio de validez de las conclusiones sobre las que se esté desarrollando la explicación sobre la verdad.

Todo ello ha derivado en la creación de conceptos tales como “exactitud”, como ideal del conocimiento, cualidad que persiguen por igual todas las ciencias. También todas son rigurosas, pues el rigor cualifica los procedimientos de la investigación. La exactitud, en cambio, cualifica los resultados de esa investigación.

Además, se creó un discurso autorreferente propio del lenguaje formal, es una forma de dar la espalda al imperativo epistemológico de la discursividad epistémica y solo centra la atención de la validez de los enunciados sobre determinada verdad en ese tipo de razonamiento, el cual entre otras de sus características es que se desarrolla en una descripción unidimensional como fuerza de su argumento, el cual no necesita de justificación porque cualquiera puede ver que es un modo fiable de adquirir conocimiento.

En este sentido se ha generado una autonomía de la verdad. En el programa de la modernidad, la verdad, a su vez, estaría garantizada por la autonomía, la neutralidad y la independencia de los sujetos comprometidos en el hecho científico. Nada más alejado de la realidad, advierten los posmodernos, pues lo que ellos sostienen es que la ciencia no sólo necesita esa eficiencia para sus aplicaciones, sino también para constatar la verdad de sus enunciados⁹.

1.4. Del razonamiento lógico

A estas alturas es necesario describir el modelo de razonamiento generado por este tipo de ciencia, que podríamos denunciar de lógico-formal-abstracto, (deductivo y geométrico) legado por los griegos.

Ello es así por lo siguiente, para poder demostrar la claridad de este tipo de razonamientos se seguirá textualmente a Rolando Tamayo y Salmorán¹⁰, quien al respecto señala que Aristóteles encuentra que el conocimiento científico es un proceso,

⁹ Los lineamientos básicos del posmodernismo implican: a) el rechazo de la metafísica; b) La exigencia de verificación; c) la lógica formal interna; d) El pensamiento sistemático; e) La construcción de lenguajes técnicos; f) La utilización del método analítico; g) la creencia en el progreso indefinido y, h) la creencia en la utilidad de la cultura.

¹⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica*, 2a edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, p. 84.

una sucesión de movimientos que realizan los científicos. Se comienza por acumular experiencias por las que se recoge lo que ha sido repetidamente observado. De la etapa de la experiencia se pasa a la etapa de ciencia, al encontrar el elemento común en los casos particulares observados. El paso clave en la transición de la experiencia a la ciencia lo constituye la generalización empírica, procedimiento mediante el cual se inicia la construcción de clases a partir de la detección del elemento común que une los casos particulares, así hasta los primeros principios. Cuando los primeros principios de la ciencia han sido descubiertos, éstos tienen que ser formulados en proposiciones

Estos elementos fundamentales proveen a la ciencia de sus mínimos presupuestos. Sólo cuando este primer paso a la construcción de la ciencia ha sido completado, es decir, cuando los principios fundamentales han sido descubiertos y establecidos en proposiciones, entonces la deducción es posible.

Sigue diciendo que, finalmente, la ciencia tiene que presentarse sistemáticamente y así los materiales obtenidos en estos dos procesos (establecimiento de principios y deducción de enunciados) tienen que ser organizados de acuerdo a su género y especie. Existe así, desde la aparición de los Segundos Analíticos, la compartida opinión de que la estructura de la ciencia se debía al hecho de ser un sistema deductivo de enunciados. Aristóteles, como señaló, concibe la demostración científica como una deducción de conclusiones a partir de los principios fundamentales.

Estos párrafos marcan lo que en los demás capítulos será la base para el desarrollo argumentativo de la propuesta que se plantea, en el sentido del uso de los principios jurídicos y las consecuencias de su validez y coherencia en el discurso que llamamos científico. Puesto que lo observado implica una realidad jurídica plagada de principios, pero de principios que no han sido obtenidos de la manera descrita en líneas arriba, sino que han sido creados *ad hoc* para explicitar una forma de razonamiento contextual.

Sin embargo, es pertinente en este momento soslayar las características que este tipo de razonamiento ha traído y legado al razonamiento en los interpretes del derecho, y en especial los jueces y, por ende, ha permeado en la teoría del derecho.

De inicio, ¿qué significa para un juez aplicar un modelo de razonamiento lógico-formal-abstracto (deductivo y geométrico)? La respuesta ha generado distintos campos de análisis, así como sistemas jurídicos propios en algunos países.

La forma de razonar de acuerdo a la lógica formal, generó una corriente que sirvió de sustento teórico y práctico para la actividad judicial y para la ciencia del Derecho, en específico se hará referencia a la metodología empleada a lo que la dogmática hace referencia como las técnicas de interpretación del derecho, es decir, la metodología empleada por los juzgadores para razonar y fundamentar una decisión.

En este sentido, una forma de entender lo que se ha llamado como formalismo ya con el calificativo de jurídico¹¹, implica una forma o modelo de interpretar y aplicar el Derecho, las normas, las reglas y los principios; así, el uso de un método para interpretar y aplicar las leyes, implicaba (y lo sigue haciendo como parte de la formación dogmática en las escuelas de Derecho) una preferencia dada a la interpretación lógica y sistemática frente a la histórica, teleológica y por ende de tipo hermeneuta.

En otras palabras, es formalista la postura metodológica que atribuye al aplicador y operador del derecho una función automática y declarativa de las leyes vigentes, con la exclusividad característica de no crear Derecho, en otras palabras, implica la subsunción.

Pero ¿cómo se lograba esa formal aplicación del Derecho como forma abstracta en la cual estaba inmerso el orden jurídico? Ello implica operaciones realizadas por el aparato cognitivo del juzgador en el sentido de establecer un razonamiento correcto, mediante operaciones de deducción de ciertas conclusiones a partir de determinadas premisas.

La cuestión de fondo u ontológica para este modelo consistía, como lo hace manifiesto Carlos Santiago Nino¹² precisamente en suponer que los códigos, las leyes y las normas eran completos, coherentes y precisos, constituyendo sistemas autosuficientes para resolver cualquier caso concebible sin acudir a “premisas valorativas”¹³ que no se pudieran extraer de los materiales jurídicos positivos. Y, además, concediéndoles el valor de verdaderos a los enunciados normativos, ya ni siquiera a las normas ¡sino al enunciado legal!

¹¹ Claro bajo esta perspectiva cientificista cuantitativa.

¹² Santiago Nino, Carlos. *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, FONTAMARA, biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 1993, p. 13.

¹³ El entrecomillado es mío.

De igual forma, Manuel Atienza¹⁴ resume las características de este modelo, las cuales enumera de la siguiente forma:

- a) El derecho es básicamente un sistema general de normas, obra del legislador, y que, por tanto, preexisten al juez. El derecho tiende a identificarse así con la ley, pero ésta no es vista simplemente como producto del legislador histórico, sino más bien del legislador racional.
- b) El derecho tiene un carácter cerrado y permite alcanzar una solución correcta para cada caso; un supuesto no regulado, explícitamente o regulado insatisfactoriamente puede, sin embargo, resolverse dentro del sistema, merced a la labor de los científicos del derecho y de los propios jueces y que consisten en “desarrollar” los conceptos creados por el legislador.
- c) En consecuencia, la función del juez es la descubrir el derecho y aplicarlo a los casos que ha de enjuiciar, pero no la de crear derecho.

Lo anterior enfatiza el uso de la lógica como bagaje fundamental del razonamiento bajo este modelo o perspectiva de las ciencias duras, en donde el uso de la lógica resulta indispensable para explicitar el funcionamiento del intérprete u operador jurídico llamado juez. Quiere decir entonces que, a la lógica, tal como lo señala Graham Priest¹⁵ no le interesa si las premisas de una inferencia son verdaderas o falsas. Ese es asunto de alguien más. Le interesa, simplemente, si la conclusión resulta de las premisas. Los lógicos llaman válida a una inferencia cuando la conclusión en verdad resulta de las premisas.

Bajo tal forma de pensar se establecieron ciertos criterios de corrección del pensamiento, lo que buscaban es establecer esa validez en el tipo de inferencias que se realizaban y en la estructura de ese tipo de razonamiento.¹⁶ Recordemos que lo importante es la forma de la estructura de los argumentos usados en determinado razonamiento, no en la falsedad o verdad de las premisas usadas bajo este modelo.

¹⁴ Atienza, Manuel. “Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el estado de derecho”, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comp.), *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, Porrúa-UNAM, D.F., México, 2004, p. 11 y 12.

¹⁵ Priest, Graham. *Una brevísima introducción a la lógica*. R. Carvajal Dávila Editores, Océano, México, 2000, p. 15.

¹⁶ No es objeto de estudio de este trabajo desarrollar la génesis de la lógica y sus diversas taxonomías.

Pues bien, las denominadas ciencias duras han usado a la lógica como forma de razonamiento para demostrar la verdad de sus afirmaciones, toda vez que las conclusiones a las que han llegado y que han seguido el paso de la inducción y la deducción como manera de comprobación han creado teorías que a su vez tienen que ser lógicamente consistentes, es decir, las proposiciones que la integran deberán estar interrelacionadas (no puede contener proposiciones sobre fenómenos que no estén vinculados entre sí. De aquí se obtiene la objetividad, y no caer en contradicciones internas o incoherencias es la regla).

Además, este tipo de ciencias, como ya se ha dicho, hacen énfasis y sostienen que los datos usados para la descripción o experimentación están sometidos a mediciones que se deben analizar a través de métodos estadísticos. La medición objetiva es fundamental. Recordemos que la explicación de las relaciones causales en una realidad tangible es el parteaguas para su objeto de estudio, y que paralelo a este tipo de proceder el Derecho ha desarrollado su propio bagaje teórico, usando de estos mecanismos y adaptándolos a su objeto de estudio como más adelante se tratará.

Los resultados que se explican de manera causalista, pretenden desarrollar una estructura de leyes generales, los cuales han usado a la lógica como medio de demostración, han obtenido de la inducción y la deducción como sus métodos bandera. En palabras de Alan Chalmers, “una vez que un científico tiene a su disposición leyes y teorías universales puede extraer de ellas diversas consecuencias que le sirven como explicaciones”¹⁷. Lo único que la lógica puede ofrecer a este respecto es que, si las premisas son verdaderas, entonces la conclusión debe ser verdadera¹⁸.

Por último, la verdad así obtenida estará en correlación directa con el control de los hechos meramente probables, los cuales se conforman o verifican en la realidad tangible. Esa es la verdad tangencial y probable¹⁹.

Entonces, el uso de la lógica tradicional en la interpretación del derecho ha servido como método prestado de las ciencias duras, usando los silogismos como forma de justificación

¹⁷ Chalmers Alan. F. *¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*, 24ª reimpresión, editorial siglo XXI, México, 2009, p. 17.

¹⁸ *Ibidem* p. 19.

¹⁹ Aquí podemos resaltar la verdad como correlación con esa realidad que se pretende explicar, sin embargo, no es objeto de desarrollo en este trabajo.

y demostración o prueba de la comprensión sobre una realidad abstracta, es decir, el derecho tomo prestado este modelo metodológico para explicar sus enunciados legales.

Los silogismos, como Aristóteles²⁰ señala es una enunciación, en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye necesariamente en otra proposición diferente, solo por el hecho de haber sido aquellas sentadas. Cuando dice solo por el hecho de haber sido sentadas las primeras proposiciones, quiere decir que a causa de ellas resulta probada la otra proposición y se entiende por esta última expresión, que no hay necesidad de un término extraño para obtener la conclusión necesaria.

Se puede observar que este mecanismo lógico que plantea Aristóteles supone la existencia de premisas que sean universales o particulares en términos que afirman o niegan algo.

Este mecanismo es usado por el Derecho para “demostrar” las decisiones del operador jurídico, pero en el cual se habían tomado como premisas universales y afirmativas el texto legal, pretendiendo la completitud del sistema para responder a las conductas de los individuos.

Pues bien, se sostiene que por este modelo de razonamiento la lógica ha sido usada por el Derecho ya sea de forma sintética o analítica. Parafraseando a Ulises Schmill²¹, tenemos que en un primer plano se considera que el objeto de la ciencia del derecho está constituido por normas que se obtienen de una deducción de ciertos principios lógicos (o de otra índole), que pertenecen a la ciencia o a la filosofía del derecho; entonces la lógica tendrá una función particular constitutiva. Y en un segundo plano porque al tener presente una norma fundamental, ésta postula un contenido determinado que se considera válido por el motivo que se quiera y sólo por medio de deducciones -puramente lógicas- se obtiene el contenido de las normas que integran ese orden normativo.

Y que por ello a las disposiciones positivas debemos considerarlas como un conjunto de problemas a explicar en su operancia y funcionamiento, pero no podemos considerarlas como una estructura sistemática regida por leyes lógicas, ya que la norma vale porque existe un acto orgánico que la establece, no por su corrección lógica. Y que, además, los

²⁰ Aristóteles. *Tratados de Lógica. El Órganon*, estudio introductorio Francisco Larroyo, Porrúa, 11ª edición, sepan cuantos, número 124, México, 2004, p. 94.

²¹ Schmill Ulises. *Lógica y Derecho*, 2ª edición, FONTAMARA, 28, México, 1997. Confróntese el capítulo 1.

razonamientos que, de hecho, se siguen en el proceso de dar contenido a las normas inferiores (acto de juzgar), son más o menos informales, y no siempre de carácter estrictamente lógico, como son las reglas que nos pueden proporcionar cualquiera de los sistemas de lógica deóntica que, hoy por hoy, proliferan.

Al respecto Manuel Atienza²², considera que cuando usamos a la lógica en el razonamiento judicial una de las críticas reside esencialmente en que el silogismo judicial no permite reconstruir satisfactoriamente el proceso de argumentación jurídica, porque las premisas de que se parte pueden necesitar, a su vez, de justificación y porque la argumentación jurídica es normalmente entimemática.

Sin embargo, como se analizará más adelante, cuando traslapamos a ese sistema jurídico la cuestión axiológica o valorativa en el uso de esas premisas, comienza la discusión sobre los alcances de la subjetividad en la aplicación y en la interpretación del derecho y, además, la pertinencia y legitimidad de los procesos argumentativos en el derecho.

Como podemos recapitular, el uso de la lógica en el Derecho ha servido como un método que justifica y da validez a los razonamientos judiciales, justifica un proceso racional de toma de decisiones y, además, con la validez que una norma superior o fundante puede darle al peso de los enunciados que use libremente el juez en sus razonamientos. Sin embargo, como se analizará más adelante, cuando agregamos a esta receta, ingredientes como el uso de principios jurídicos, principios axiológicos, principios que crea una suprema corte y los principios de la lógica, entonces el uso de las reglas, los principios y las normas que de ellos deriven, obligan a buscar la fundamentación en otro tipo de razonamientos y por ende establecer un modelo de racionalidad.

Entonces, es pertinente describir los contextos del uso de los términos de validez y corrección lógica como criterios legitimadores en el tipo de razonamiento para esta perspectiva de las ciencias duras, pues en ello radica la graduación de un alta o baja subjetividad en las distintas perspectivas de las teorías del derecho que son la estructura

²²Atienza, Manuel. *Las razones del derecho*, instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2003, p. 22.

para las posibles interpretaciones y aplicaciones del derecho mediante el razonamiento judicial.

1.5. De los criterios de validez en las ciencias duras

La ciencia es objetiva. El conocimiento científico es conocimiento fiable porque es conocimiento objetivamente probado²³.

En esto radica la objetividad de las ciencias duras, en el mayor control de la forma en que se lleva a cabo el proceso del llamado método científico, con el fin de que sus conclusiones puedan tener la suficiente evidencia para realizar afirmaciones que resulten en la verdad de la explicación de una realidad.

La verdad solo resulta cuando existe evidencia, la evidencia es manifestación clara, es transparencia, es desocultamiento y develamiento del ser. En torno de aquello que se manifestara de ser, se puede formular una verdad. La evidencia, el develamiento, la manifestación del ser es, pues, el criterio de la verdad²⁴.

En otras palabras, la posición epistemológica de la relación del conocimiento que está en juego en este apartado estriba en una de las características del sujeto cognoscente y la del conocimiento obtenido de esa relación, la objetividad versus subjetividad. Cada tipo de ciencia ha desarrollado diversas formas de minimizar esta cuestión cognitiva y aportar elementos para demostrar la científicidad de sus postulados.

En este contexto, siguiendo a Nicanor Ursúa²⁵, quien hace la descripción de la validez como un componente del conocimiento como producto, puesto que dice:

“...El grado de validez puede ser sólo cualitativo según los criterios borrosos de baja o alta confirmación, probabilidad hipotética, etc.

Como propiedades de validez citamos las siguientes: seguridad, fundamentabilidad o fundamentación, demostrabilidad, justificabilidad, irrefutabilidad, indudabilidad; en vez de o adicionalmente los atributos “sociales” de validez -consenso, aceptabilidad- falseabilidad, refutación empírica.

Las propiedades de la forma, del contenido y de la validez se entienden aquí, como una unidad criteriológica, cuyo cumplimiento caracterizará y delimitará un alto grado

²³ Chalmers, Alan. F. *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, op. cit., p. 10.

²⁴ Luiz Cervo Amado y Alcino Bervian Pedro, *Metodología científica*, McGraw-Hill latinoamericana, Colombia, 1979, p. 12.

²⁵ Ursúa Nicanor, et al, *Filosofía crítica de las ciencias Humanas y sociales*, Coyoacán, México, 2004, p. 25 y 26.

de racionalidad, reflexividad, científicidad, así como de las formas del saber cualificado.

En la teoría tradicional del conocimiento se ha resaltado, sobre todo, el componente de validez que se ha construido como una 'súper estructura'."

Por tanto, entre mayor validez tenga un razonamiento generado mediante los métodos que siga determinada disciplina o teoría, mayor grado de racionalidad se podrá evidenciar. Eso es lo que busca analizar este trabajo.

Bajo esta perspectiva científicista, Mario Bunge²⁶ cuando hace referencia a las características que debe tener todo conocimiento que se precie de ser científico y señala:

"Que el conocimiento científico de la realidad es objetivo, significa:

a- que concuerda aproximadamente con su objeto; vale decir que busca alcanzar la verdad fáctica;

b- que verifica la adaptación de las ideas a los hechos recurriendo a un comercio peculiar con los hechos (observación y experimento), intercambio que es controlable y hasta cierto punto reproducible.

Pregúntese a un científico, si cree que tiene derecho a suscribir una afirmación en el campo de las ciencias tan sólo porque le guste, o porque la considere un dogma inexpugnable o porque a él le parezca evidente, o porque la encuentre conveniente. Probablemente conteste más o menos así: ninguno de esos presuntos criterios de verdad garantiza la objetividad, y el conocimiento objetivo es la finalidad de la investigación científica. Lo que se acepta sólo por gusto o por autoridad, o por parecer evidente (habitual) o por conveniencia, no es sino creencia u opinión, pero no es conocimiento científico. El conocimiento científico es a veces desagradable, a menudo contradice a los clásicos (sobre todo si es nuevo), en ocasiones tortura al sentido común y humilla a la intuición; por último, puede ser conveniente para algunos y no para otros. En cambio, aquello que caracteriza al conocimiento científico es su verificabilidad: siempre es susceptible de ser verificado (confirmado o disconfirmado).

La ciencia es pues, esclava de sus propios métodos y técnicas mientras éstos tienen éxito: pero es libre de multiplicar y de modificar en todo momento sus reglas, en aras de mayor racionalidad y objetividad.

²⁶ Bunge, Mario. *La Ciencia su método y su filosofía*, siglo veinte, Buenos Aires, Argentina, 1989, Confróntese el Capítulo 1.

Cuando se dispone de un conocimiento adecuado de las cosas es posible manipularlas con éxito. La utilidad de la ciencia es una consecuencia de su objetividad.”

En resumen, la validez del conocimiento científico estriba alrededor de dos variables: una que se ha denominado en este trabajo como subjetiva y que hace referencia al aspecto cognitivo del sujeto cognoscente u operador del derecho —para efectos de este trabajo— y de la cual no se pretende realizar descripción alguna por no atender los fines del mismo; y la segunda, que se ha denominado objetiva y que tiende a analizar la validez como una característica del conocimiento científico, como producto de un proceso de investigación de una realidad formal y fáctica. Este sí es el objeto por conocer en este trabajo.

En este otro sentido de la objetividad se sostiene que cualquier conocimiento obtenido, desarrollado o aplicado, mientras siga una metodología reproducible por cualquier sujeto y que sus resultados se puedan confrontar tanto con la realidad formal o factual, como con el discurso de los sujetos cognoscentes, implica la existencia de un alto grado de racionalidad válida.

Esta objetividad como vemos, en las ciencias duras implica siempre un grado de precisión de la medida a usar para la investigación de sus objetos de estudio, en términos precisos, sobre las variables e indicadores, así como en los instrumentos a utilizar.

En este punto, se tiene que las ciencias duras han desarrollado términos como validez interna, validez externa, validez de constructo y validez de inferencia estadística²⁷.

En lo que respecta a la validez interna, bajo este contexto de las ciencias duras es pertinente aclarar que en esencia el proceso del método científico busca la experimentación de los datos tangibles de una realidad fáctica. En este apartado se

²⁷ Al respecto existen diversos criterios sobre la validez en la construcción de una investigación con referencia a las ciencias duras, y existe consenso en describir los cuatro criterios que se desarrollan dentro de este trabajo y podemos tener presente a Hernández Sampieri, Roberto, et al, *Metodología de la Investigación*. 5ª edición. McGraw Hill. Perú. 2010, Cea D’Ancona, Ma. Ángeles. *Metodología cuantitativa. Estrategias y técnicas de investigación social*, editorial Síntesis. España, 1998; Schmelkes, Corina, et al, *Manual para la presentación de anteproyectos e informes de investigación*, 3a edición, Oxford, México, 2010 Álvarez-Gayou Jurgenson, José Luis, *Cómo hacer investigación cualitativa, fundamentos y metodología*, Paidós educador, México, 2003; Rojas Soriano, Raúl, *Guía para realizar investigaciones sociales*, 9a edición, Plaza y Valdés, México, 1992; Vega Malagón, Genaro, *Metodología de la investigación clínica y epidemiológica*, Fundación universitaria de derecho administración y política FUNDAp, México, 2006.

seguirá a Roberto Hernández Sampieri²⁸, quien en una de sus obras describe con amplitud estos aspectos, los cuales se estarán parafraseando a continuación.

Todo experimento, sostiene Roberto Hernández Sampieri, lo que debe cumplir es el control o la validez interna de esa situación experimental; el control es fundamental, ello implicará contener la influencia de otras variables extrañas, en las variables que se consideran dependientes, para así tener la certeza en realidad si las variables independientes que interese en un experimento son la causa o no en las independientes.

Por ende, es el grado de confianza que se tiene de que los resultados del experimento se interpreten adecuadamente y sean válidos mediante el control que se tenga de probables hipótesis alternas.

Así las cosas, entre más se eliminen las posibles explicaciones rivales a la sostenida en la hipótesis, en el objetivo general y al momento de analizar los datos obtenidos del instrumento de medición, se podrá entonces tener la probabilidad de una explicación válida.

La validez externa consiste en la posibilidad de generalizar los resultados de un experimento a situaciones no experimentales, así como a otras cualidades o cantidades, tales como otras personas y poblaciones u objetos.

En otras palabras, señala Cea D' Ancona²⁹, como vemos este punto representa la posibilidad de generalización de los resultados de una investigación, tanto de la población concreta de la que se ha extraído la muestra, como a otros tiempos y contextos. Pero ello exige que éstos participen de las características presentes en el contexto espacial y temporal observado.

Cuando hablamos de generalización del conocimiento, se está hablando de la forma en que los griegos y en específico Aristóteles establecieron como inducción y deducción. En eso radica la importancia del tipo de conocimiento generado por las ciencias duras, en virtud de la certeza de esa generalización de los resultados del método científico.

²⁸ Hernández Sampieri, Roberto, et al, *Metodología de la Investigación*. 5ª edición. McGraw Hill. Perú. 2010. Confróntese capítulo 7.

²⁹ Cea D'Ancona, Ma. Ángeles. *Metodología cuantitativa. Estrategias y técnicas de investigación social*, editorial Síntesis. España, 1998, p.119.

En la validez de constructo se hace referencia al grado de adecuación conseguido en la medición de los conceptos centrales. En consecuencia, esto procede de la operacionalización de los conceptos teóricos en los indicadores más precisos y rigurosamente posibles.

Como se puede observar, la cuestión es aproximarse al significado real del concepto. Es decir, una entidad conceptual que denota la existencia de algo tangible para las ciencias duras debe tender asideros métricos; entonces, al buscar una serie de medidas (dos o más) para cada tipo de concepto que se use en los que son llamados indicadores, se busca con ello, asegurar la equivalencia de los conceptos con los cuales se esté trabajando.

En la validez estadística se halla relacionada con el poder, adecuación y fiabilidad de la técnica de análisis de datos aplicada. Como la investigación se fundamenta en una información extraída de una muestra con la cual se está experimentando, la adecuación del tamaño muestral y con la técnica analítica usada, incide en la significatividad estadística de los resultados de la investigación. Es decir, a mayor tamaño de la muestra mayor validez.

Lo anterior está en relación directa en la posibilidad de generalización de los hallazgos obtenidos en una muestra de una población de la que se ésta se ha extraído.

Y derivada de esta característica han descrito a la confiabilidad³⁰, como la que se refiere a resultados estables, seguros, congruentes, iguales a sí mismos en diferentes tiempos y previsibles. La confiabilidad se considera externa cuando otros investigadores llegan a los mismos resultados en condiciones iguales, e interna cuando varios observadores concuerdan en los hallazgos al estudiar la misma realidad.

En resumen, tenemos las siguientes características resultantes de estas formas de dotar de validez al conocimiento científico obtenido dentro de las ciencias duras:

- a) La finalidad reside en transparentar y publicitar el medio por el cual se describe un objeto tangible;

³⁰ En este sentido es factible seguir a Álvarez-Gayou Jurgenson, José Luis, *Cómo hacer investigación cualitativa, fundamentos y metodología*. Paidós educador, México, 2003, p. 31.

- b) Los distintos criterios de validez racionalizan el método científico a fin de precisar lo más posible la realidad que describe;
- c) Los resultados obtenidos pueden predicarse a otras entidades;
- d) De dichos resultados se han obtenido leyes o postulados para ser usados en futuras descripciones de la realidad.
- e) Legitiman un discurso de alcances más o menos generales;
- f) Establecen parámetros para describir la realidad.

1.6. De los criterios de validez en las ciencias sociales

Cuando se hace referencia a los criterios de validez del conocimiento generado por las ciencias sociales, es necesario indagar el tema sobre la investigación llamada cualitativa, la cual concibe la especificidad metodológica en las ciencias sociales. Esta busca tomando en cuenta la subjetividad, explicar y comprender las interacciones y los significados subjetivos individuales o grupales. Este enfoque, señala Ario Garza Mercado está siendo revalorizado desde fines del siglo XX en el conjunto de las ciencias sociales³¹. En otras palabras, se busca la hermenéutica de los actos y hechos sociales.

Esta perspectiva rechaza el modelo metodológico de las ciencias naturales y aboga, en cambio, por el análisis de lo individual y concreto, por medio de la comprensión o interpretación de los significados intersubjetivos de la acción social (desde el punto de vista del actor social). El énfasis se pone en el lenguaje y en los aspectos micro de la vida social (situaciones cara a cara).

En este sentido, el conocimiento usado en las distintas formas de razonamiento dentro del Derecho -que pretendan describir y explicar sus supuestos ontológicos o epistemológicos- ha sido creado necesariamente mediante el uso de algún método.

Si se ha seguido algún método para explicar y comprender un concepto usado en algún tipo de razonamiento judicial, necesariamente éste debió seguir algunos pasos para su creación y, por ende, éste ha sido “aceptado” o “validado” por cierta comunidad científica, en adelante esto será crucial hablando de los verdaderos principios jurídicos.

³¹ Garza Mercado Ario, *Manual de técnicas de investigación para estudiantes de ciencias sociales y humanidades*, 7ª edición, El colegio de México, México, 2013, p. 22.

Si esto es así, entonces tenemos que si analizamos las distintas formas que existen de validación del conocimiento científico dentro de las ciencias sociales, resulta que podemos obtener alguna directriz que permita sistematizar la legitimación o validez del razonamiento generado en el discurso judicial, que permita a su vez estructurar características generales de esos pasos de validación, además de que permita evidenciar y distinguir conocimiento científico del que no lo es y, aunado a ello, permita distinguir las ambigüedades y subjetividades originadas cuando se habla del derecho.

Al respecto, existe un cuerpo propio de conocimientos que ha desarrollado el tema de la validez en las ciencias formales, en este caso algunos autores buscan que los resultados sean lo más concordantes posibles y, en efecto (porque no es la meta del paradigma que han llamado *cualitativo*), no se afanan en la previsión ni en la uniformidad de resultados de diversos grupos o conceptos, aunque cuando se llega a ésta, resulta muy valiosa.

Sin embargo, según Salgado Lévano³², una de las desventajas que generalmente se le ha atribuido a la perspectiva cualitativa es la falta aparente de validez y confiabilidad que tiene, entendida de acuerdo a los cánones de la perspectiva cuantitativa de las ciencias duras; sin embargo, a juicio de diversos autores, extrapolar estos criterios a la perspectiva cualitativa es contraproducente, pues se violan sus propósitos, sus objetivos y su naturaleza.

Con ello, se observa que la discusión acerca de los procesos creadores del conocimiento científico radica en esa distinción entre las ciencias duras y las ciencias formales, es decir, cada tipo de ciencia ha generado sus propios estándares o directrices adecuados, es decir, su propio tipo de conocimiento “válido” claro está, con sus propios cánones metodológicos.

Como se observa, la discusión radica esencialmente en la concepción que se tenga de la realidad, toda vez que ello necesariamente incide en la forma metodológica de validar ese tipo de conocimiento; entonces, se parte de un punto de vista notorio en el Derecho: la construcción de su conocimiento implica una concepción de la realidad, ésta es edificada socialmente, es decir, es producto de la interacción social y de la influencia de una cultura en este objeto del conocimiento. Es a todas luces evidente que el tipo de

³² Salgado Lévano, Ana Cecilia. *Investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos*, Liberabit, Revista de Psicología, Vol. 13, Universidad de San Martín de Porres Lima, Perú, 2007, p. 74.

ciencia que respalda al positivismo jurídico son las ciencias formales, y que, al contrastarse con las ciencias sociales, donde radica la plaga de los subjetivismos e interaccionismos simbólicos, se tiene que es necesario trascender ideologías.

En este punto vale precisar que cuando hablamos del derecho en su aspecto epistemológico, éste puede concebirse ya sea como la conducta generada en el individuo o como la disposición que contiene una norma específica. Como se puede observar y más adelante se desarrollará, la perspectiva ideológica en la que se conciba el Derecho necesariamente marcará la pauta o diseño de su aplicación; sin embargo, una de las cuestiones a dilucidar implica trasladar ese contexto al tipo de razonamiento usado y su expresión judicial y respondernos la pregunta ¿qué grado o nivel de validez tiene ese tipo de razonamiento?

A continuación, se seguirá el análisis realizado por Miguel S. Valles³³ sobre los requisitos de validación de un conocimiento de corte “formal” y que en este trabajo se llamará social obtenido por medio de un proceso investigativo. Este autor presenta un desarrollo integrador de los distintos criterios que existen respecto de la validez o calidad que puede llegar a tener un conocimiento obtenido dentro de las ciencias sociales, y que en adelante permitirá construir el andamiaje para el tipo de razonamiento judicial.

Los principales criterios de validez para las llamadas ciencias sociales son: la credibilidad, la dependibilidad, la transferibilidad y la confirmabilidad.

La credibilidad se refiere al uso que se haya hecho de un conjunto de recursos técnicos (duración e intensidad de la observación-participación en el contexto estudiado; triangulación de datos, métodos e investigadores: acopio de documentación escrita o visual propia del contexto; discusiones con colegas; revisiones de información e interpretación con las personas estudiadas; registro de cuadernos de campo y diarios de investigación), ello, en comparación al control y aleatorización en la validez interna que pregonan las ciencias duras.

En otras palabras, tiene que ver con la corroboración estructural en la construcción del razonamiento que se traduce en las conjeturas o inferencias generadas en el discurso del Derecho, ya que este proceso consiste en evidenciar cómo se han reunido ciertos

³³ S. Valles, Miguel. *Técnicas Cualitativas de Investigación Social*, Síntesis, España, 2007, confróntese el capítulo 3.

datos que contienen un tipo de información y con ellos establecer los lazos de un todo que se apoya en partes de la evidencia. En otras palabras, es la precisión y consistencia con que se refleja el concepto que se pretende connotar³⁴.

La transferibilidad se logra a través de los diversos procedimientos de muestreo cualitativo. Es la posibilidad de extender los resultados de estudio a otras poblaciones; en este caso a otros conceptos, o estructuras teóricas creadas por las distintas escuelas que han abordado la explicación ontológica y epistemológica del derecho.

La dependibilidad o llamada también consistencia lógica. Es el grado en que diferentes investigadores que recolectan datos similares en el campo y efectúen los mismos análisis, generen resultados equivalentes. Las amenazas a este criterio pueden ser, básicamente los sesgos que pueda introducir el investigador en la sistematización durante la tarea en el campo y en análisis, el que se disponga de una sola fuente de datos y la inexperiencia del investigador para codificar³⁵.

Y la confirmabilidad o llamada también auditabilidad. Ésta hace referencia a la habilidad de otro investigador de seguir la pista o la ruta de lo que el investigador original ha hecho. Para ello es necesario un registro y documentación completa de las decisiones e ideas que el investigador haya tenido en relación con el estudio. Esta estrategia permite que otro investigador examine los datos y pueda llegar a conclusiones iguales o similares a las del investigador original, siempre y cuando tengan perspectivas similares³⁶.

Siguiendo a Egon G. Guba³⁷, quien menciona que, en las investigaciones bajo el paradigma naturalista, el cual es el que hace referencia a las disciplinas abstractas o formales como lo es el Derecho es necesario hacer un análisis sobre los supuestos que se deben comprobar en el contexto de su aplicación, es decir, entabla un discurso legitimador de las conclusiones o supuestos planteados desde el proceso de investigación hasta la creación de un tipo de conocimiento obtenido mediante éste.

Aquí cabe hacer la descripción que éste y otros autores hacen referencia a la validez obtenida directamente de un proceso de investigación, es decir, a sus resultados, al

³⁴ Giraldo Ángel Jaime, et al, *Metodología y técnica de la investigación socio jurídica*, editorial Legis, Colombia, 1999, p. 77.

³⁵ Salgado Lévano, Ana Cecilia. *Investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos*, Liberabit, Revista de Psicología, Vol. 13, Universidad de San Martín de Porres Lima, Perú. 2007, p. 75.

³⁶ Ídem.

³⁷ Guba Egon G. *La enseñanza, su teoría y su práctica*, 3ª edición, editorial Akal, Madrid, 1989, p. 149.

conocimiento propiamente dicho, los cuales son los que conforman la estructura conceptual de las ciencias.

Si esto lo aplicamos -como se va a desarrollar más adelante- al proceso de análisis en la aplicación del Derecho, tenemos que el producto obtenido como lo puede ser una sentencia, será producto de una “investigación” mediante un proceso cognitivo que, aunado a los requerimientos formalistas, ha usado el proceso lógico —en los términos ya señalados—, como una manera de evidenciar la racionalidad de dichos productos.

Sin embargo, además de la lógica y de acuerdo con las actuales tendencias en el campo de la teoría del derecho, en específico la teoría de la argumentación jurídica, se ha desarrollado una forma distinta de explicitación del razonamiento usado por los sujetos aplicadores del derecho, aspecto que se desarrollará más adelante.

En este sentido Egon G. Guba, coincide en establecer cuatro puntos principales relacionados con la *credibilidad* de las premisas enunciativas que se plantean como resultado de una investigación dentro de las ciencias “formales”; este autor le llama credibilidad a la validez como se ha estado tratando en este trabajo:

1. Valor de verdad. Consiste en establecer confianza en la verdad de los descubrimientos de una investigación particular para los sujetos y el contexto con los que se llevó a cabo la investigación.
2. Aplicabilidad. Que consiste en determinar el grado en que pueden aplicarse los descubrimientos de una investigación particular a otro contexto o con otros sujetos.
3. Consistencia. Implica determinar si los descubrimientos de una investigación se repetirían de modo consistente si se replicase la investigación con los mismos o similares sujetos, en el mismo o similar contexto.
4. Neutralidad. Consiste en establecer el grado en el que los descubrimientos de una investigación sólo son en función de los sujetos investigados y condiciones de la investigación, y no de las inclinaciones, motivaciones, intereses, perspectivas del investigador.

Por consiguiente, se observa una correlación entre ambos criterios de evaluación de la validez del tipo de conocimiento formal. A continuación, se presenta un cuadro comparativo de creación propia que permite evidenciar las relaciones entre ambos criterios:

1.7. Cuadro comparativo de criterios de validez en las ciencias formales³⁸

Por consiguiente, a efecto de mostrar la relación de contenido entre los distintos criterios de validez explicados se ofrece la siguiente tabla:

Criterio Valles	Criterio Guba	¿que busca?
Credibilidad	Valor de verdad	La integridad estructural de la forma en que se crea un tipo de conocimiento.
Transferibilidad	Aplicabilidad	La generalización del conocimiento obtenido
Dependibilidad	Consistencia	La demostrabilidad del camino o método seguido para haber llegado a ese tipo de conocimiento
Confirmabilidad	Neutralidad = Objetividad	Aquí existe una relación estructural esencia: La objetividad sobre el tema tratado por otros sujetos.

Cuadro 1

Hasta ahora se ha encontrado que, ante estas características, en las cuales la confirmabilidad implica ese rastreo de las pistas generadas por una línea de pensamiento, en la evidenciabilidad del camino teórico por donde se ha desarrollado un concepto, siendo que para las ciencias duras la dependencia de esa “variación rastreable” implica el juego de la objetividad del conocimiento.

Sin embargo, aquí las ciencias sociales se separan de las ciencias duras, tratando de “validar” la subjetividad inherente a sus postulados ontológicos y su perspectiva epistemológica, por ello se habla de la neutralidad en la confirmabilidad del conocimiento generado o usado en este contexto.

³⁸ Este cuadro es creación propia.

Al respecto sigue diciendo Guba que, si los métodos son explícitos, abiertos al escrutinio público, replicables y distanciados al menos un poco del contacto entre el investigador y el sujeto u objeto de análisis, entonces la objetividad está asegurada (es decir, los prejuicios del investigador operador del derecho son debidamente neutralizados).

Sin embargo, la metodología refleja inevitablemente la predisposición del investigador, ya que resultan evidentes las múltiples realidades en que se encuentra, así como los múltiples sistemas de valor, en otras palabras, su ideología. Y entonces, se traslada la neutralidad del investigador a la validez de los datos producidos.

En resumen, como se puede ir descubriendo, el tipo de conocimiento usado en el derecho y demostrado por el tipo de razonamiento implica una o varias características deducibles de los criterios de validez antes señaladas, por ello, es necesario el vínculo legitimador de la confirmabilidad para volver traslucidos los velos que dificultan los razonamientos subjetivos que empantanar el camino del conocimiento que llamamos científico en la construcción del razonamiento judicial que se pueda llamar “científico”.

Hasta aquí se ha desarrollado un cuerpo de conocimientos que demuestran desde la perspectiva de la investigación científica en qué consiste esa “validez” en un conocimiento científico para las ciencias sociales y para las ciencias duras.

En adelante se hará un análisis de la forma específica en como el derecho ha usado el término validez, pretendiendo encontrar rastros conceptuales o similitudes metodológicas que nos permitan ir encontrando una taxonomía al respecto.

1.8. De los criterios de validez para el derecho.

El término validez tiene distintos usos y connotaciones dependiendo del contexto al cual se haga referencia, toda vez que dependiendo la definición o el concepto que se tenga del mismo, es el que determina la aplicabilidad a un objeto de estudio en una ciencia o disciplina, por ello, se usarán las descripciones que del mismo elabora Alf Ross a efecto de precisar, para efectos de este trabajo, a que hacemos referencia cuando hablamos de validez.

Alf Ross³⁹ señala que existen al menos tres significados diferentes que cumplen tres funciones distintas.

Primero: el término usado en las exposiciones doctrinarias del derecho vigente para indicar si un acto jurídico tiene o no los efectos jurídicos deseados. Se dice que el acto es inválido o nulo si no los tiene. Esta función es interna, en el sentido de que afirmar que un acto es válido es afirmar algo según un sistema de normas dado. El enunciado es un juicio jurídico que aplica reglas jurídicas a determinados hechos.

Segundo: el término es usado en la teoría general del derecho para indicar la existencia de una norma o de un sistema de normas. La validez de una norma, en este sentido, significa su existencia efectiva o realidad (sic), por oposición a una regla meramente imaginada o a un mero proyecto. Esta función es externa en el sentido de que afirmar que una regla o un sistema de reglas existe, es afirmar algo acerca de la regla o del sistema. El enunciado no es un juicio jurídico sino una aserción fáctica que se refiere a un conjunto de hechos sociales.

Tercero: validez en ética y en derecho natural, como hemos visto, se usa para significar una cualidad apriorística, específicamente moral, especialmente llamada moral, llamada también la “fuerza obligatoria” del derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente.

En este escenario podríamos agregar una cuarta, si aplicamos el principio de identidad propuesto por la lógica a la segunda acepción señalada por Ross, tendríamos lo siguiente: si las ciencias se valen de la investigación para llegar a obtener ciertas conclusiones que permiten realizar inferencias o deducciones y expresarlas por medio de enunciados que pueden llegar a constituir axiomas, postulados e incluso principios, entonces, los criterios que califican o que “juzgan” la metodología usada en esas investigaciones puede usarse para calificar el tipo de razonamiento que usan esas conclusiones para construir otras.

En otras palabras, existen criterios que califican de alguna manera el uso del lenguaje y de las estructuras abstractas creadas y que se llaman teorías, hipótesis, suposiciones o aseveraciones que describen determinado tipo de conocimiento tangible o no.

³⁹ Ross, Alf, El concepto de validez y otros ensayos, FONTAMARA, México, 2006, p. 23 y 24.

Pues bien, si usamos los criterios que han desarrollado las ciencias duras y en menor medida las ciencias sociales, para calificar sus productos, podremos entonces calificar la forma de los razonamientos usados por los operadores del derecho.

Entonces, se tienen dos criterios de validez en el derecho, ya sea calificando el proceso o calificando el producto, esto es, calificando el tipo de razonamiento del intérprete o calificando la norma o disposición jurídica acorde a su creación o justificación y su pertenencia a un sistema.

En consecuencia, el cuarto criterio propuesto, tiene que ver con una propuesta de criterios de validez del proceso de razonamiento que tiene como finalidad la aplicación o interpretación del derecho en busca o no de una norma. Éste es el vínculo entre la norma positiva y la norma ética o moral, la cualidad teleológica que la ideología de cada operador impregne en esa norma y la existencia real en el mundo fáctico.

¿Por qué calificar la “validez” de un razonamiento?. Primero, para juzgar la probabilidad o plausibilidad o no de un razonamiento que conduce a un tipo de verdad dado un paradigma del conocimiento. Segundo, para establecer una relación de compatibilidad entre las diferentes referencias al Derecho por los operadores del Derecho en sus estructuras argumentativas y justificativas; con ello, agregar elementos de convicción al concepto de objetividad tan lacerado en las ciencias sociales, ya que la multiplicidad de términos usados y referenciales conduce a la incertidumbre en el propio campo del Derecho. Y tercero: para clarificar y precisar las terminologías usadas en el lenguaje de los actores en el derecho.

Para poder analizar y clarificar las plausibles respuestas a estas preguntas, se parte de que las ciencias han establecido diversos supuestos que se deben comprobar en el contexto de su aplicación, tales como la naturaleza de la realidad que describen (supuesto ontológico), la naturaleza de la relación del sujeto con el objeto de estudio (supuesto epistemológico) y la naturaleza de los enunciados que se producen. En este punto, sobre el alcance de las generalizaciones de estos enunciados.

En otras palabras, para hablar de la validez de la racionalidad, se debe de hablar primero de que los tipos o modelos de racionalidad, entendida como una forma metodológica que se aplica a cursos de acción intelectual que tiene que ver con el conocimiento científico, está en relación directa con la epistemología propiamente dicha.

En resumen, la perspectiva de las ciencias ha traído para el derecho una forma peculiar de expresar razonamientos científicos y su inherente validez; Sin embargo, esta manera ha sufrido ciertas transformaciones que epistemológicamente han cambiado la manera, primero, desde la concepción propia del derecho, hasta la forma de razonar jurídicamente; A continuación, la perspectiva llamada cualitativa bajo la cual las ciencias sociales se han desarrollado, demuestran este tipo de transformaciones⁴⁰.

1.9. La perspectiva de las ciencias sociales o cualitativas

Para los fines de este estudio, se entiende por “tendencia”, no tanto las soluciones particulares de distintos autores a los problemas que suscita la base empírica en el quehacer científico, sino la convergencia en algunos rasgos concretos de las soluciones singulares, es decir, de las razones que nos permitan comprender y describir determinado concepto o fenómeno social, de tal manera que en cada tendencia se encuentra un aire de cierta identidad de razones, no obstante la eventual diversidad de posturas de diferentes autores.

La cuestión del conocimiento ha sido un tema que se ha ido desarrollando desde el surgimiento de los primeros grupos sociales, puesto que esta idea pretende expresar la forma en que se entiende al mundo, a tratar de explicar la realidad que nos rodea y los hechos derivados de la conducta de o en grupo.

Este conocimiento, como resultado del acercamiento, contraste y choque con la naturaleza llamada realidad, se ha visto enmarcado en distintos modelos que se han manifestado de diversas maneras en la historia y que siempre han marcado el devenir de los sujetos y, sobre todo, en una característica del lenguaje del discurso que matiza siempre al conocimiento: la racionalidad, ya que ésta ha sido un modo en como los diferentes sujetos han interpretado o descrito la realidad y ello ha validado sus distintas afirmaciones, lo que también ha implicado una garantía de certeza y de legitimidad del conocimiento obtenido.

⁴⁰ Este tipo de transformaciones las vemos en posturas tales como el realismo jurídico que entre otras cosas ha aportado una crítica a la teoría de la voluntad soberana estadual, una introducción del análisis de los conceptos, una explicación institucional del derecho, una definición de normas con respecto a su pertenencia al sistema y la introducción de criterios de corrección como proposiciones científicas. Véase: Liborio, Hierro. “Realismo jurídico”, en *el derecho y la justicia*, 2ª edición, edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, editorial Trota, Madrid, 2009.

De esta confrontación sujeto-objeto, humano-naturaleza, humano-humano, se han derivado diversas formas y maneras del entendimiento de la realidad, la cual está conformada tanto por el mundo material o natural y por el entramado social y las creaciones derivadas del mismo. De las múltiples formas en las que se abordan estos tópicos se ha ocupado la epistemología como su principal objeto de estudio.

La epistemología tiene entonces un objeto de estudio que cambia con el tiempo, y que está en una relación directa con las diversas formas de interacción entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer, y ello ha contribuido a generar hasta nuestros días una manera diferente de entender el mundo y las relaciones que se dan entre los propios sujetos que conocen y validan ese conocer.

Ante ello, es necesario tener en cuenta que el conocimiento depende de diversos factores, sin embargo, es esencial entender que es el resultado y producto de la auto-actividad crítica de los sujetos, combinado con criterios que derivan de postulados relativos con la validez temporal de las distintas afirmaciones que se hacen de las cosas que nombran el mundo, sujeto esto a una crítica constante y a la aplicación práctica y acción estructurante de los sujetos, es decir la racionalidad.

Todo conocimiento busca entender la realidad de las cosas. El hecho de que el sujeto pueda sustentar como válido toda forma de manifestación de las causas, finalidad o sentido que originan los fenómenos naturales como sociales ha sido el motor de desarrollo del sujeto.

La epistemología entonces tiene un objeto de estudio que evoluciona con referencia al tiempo y los convencionalismos sociales, siempre a la par de los fenómenos tecnológicos que inciden en la forma de la comunicación de los distintos auditorios donde se genera el conocimiento, ello aunado al desarrollo de las teorías que enfatizan la importancia de la cuestión psicológica de los sujetos; por ende, todo ello ha contribuido a generar hasta nuestros días una manera diferente de entender nuestro mundo.

Sin embargo, el dilema sigue en pie, ¿cómo es la relación entre el sujeto y el objeto a conocer? La respuesta al cómo se logra la relación entre ambos conceptos ha llevado a los diversos estudiosos del tema a establecer la primacía del lenguaje en las relaciones del sujeto para con los demás en relación al objeto, es decir, una de las tendencias que permite entender la razón del conocimiento estriba en el tipo de lenguaje que se usa para

extender las propiedades o características que se han observado de un grupo llamado social. Y esto ha traído otra forma de expresar un tipo de racionalidad científica que, en adelante, el derecho ha tomado para sí.

Ahora bien, esta segunda “realidad” abstracta e ideal, está conformada por la realidad denominada “formal”⁴¹. Ésta ha comprendido todas aquellas construcciones abstractas que han surgido de la constante interacción entre los sujetos y que pretende describir y comprender esa realidad supuesta y derivada de la propia creación intelectual. En lo que interesa a este trabajo versa en lo que entendemos por Derecho.

En esta misma línea, sin duda mucho se ha mencionado acerca de “cómo” explicar, comprender y justificar lo que es el Derecho. Existen diversos modelos que lo hacen, desde llegar a representarlo como un mecanismo de control social, como sinónimo de garantía del ciudadano frente al Estado, como un conjunto de valores a seguir o como una manera de expresión de la cultura de cierto grupo social, es decir, una forma es la explicación ontológica misma de lo social y otra muy diferente las maneras en cómo debe expresarse el tipo de conocimiento obtenido de ese objeto de estudio.

Por ello, de la forma en que se expresa su aplicación e interpretación han surgido modelos y paradigmas que pretenden dotarlo de sustentabilidad epistémica en esa racionalidad necesaria para su legitimación en la academia, es decir, para cierto auditorio.

En esta tesitura, cada disciplina generada en el derecho se desarrolla bajo una forma determinada de análisis de la concepción de la racionalidad jurídica y en específico la judicial. Hoy día, una de esas tendencias está en el fundamento epistemológico que le da legitimidad y validez al sistema normativo y que estriba en la “convención social” de los actores sociales —intérpretes del derecho—, pero esta convención social presenta diversos matices que la propia disciplina jurídica estudia.

Entre ellos, destaca el trabajo de uno de los interlocutores del foro del discurso jurídico, cuya actividad se encuentra encaminada a facilitar la comprensión y aplicación de esta convención este interlocutor es el juez, quien desde su lugar ha establecido un derrotero

⁴¹ Aquí existe una coincidencia en la manera de llamar “formal”, primero como un tipo de razonamiento que usa a la lógica como manera de demostrar la estructura de sus componentes en cierto tipo de discurso y, segundo, como la forma de expresión lingüística que denota la adscripción a un paradigma de conocimiento enfocado a las ciencias abstractas o sociales. En este apartado se usa la segunda expresión a efecto de referirnos al tipo de razonamiento generado por este tipo de epistemología aplicado al razonamiento judicial. En otras palabras, al objeto de estudio abstracto que es el Derecho.

cambiante y subjetivo, que ha generado incertidumbre en ese discurso cuando hace uso del razonamiento jurídico⁴².

El juez es quien justifica, da validez y legitima “cómo” es el derecho, ante los distintos fenómenos sociales que implican el constante devenir y desarrollo de los sujetos en el contexto social. En otras palabras, se sostiene que el juez es un constructor de las normas, ya que les da sentido a los preceptos legales positivos. En términos de Riccardo Guastini, una norma es (el significado de) un enunciado del discurso prescriptivo⁴³. El juez razona sobre el discurso prescriptivo buscando la creación o reafirmación de una norma.

Si esto es así, entonces, el proceso para llegar a esa norma está en la validez racional del intérprete, y en palabras de Jerzy Wróblewski, el término “racional” significa que una proposición, una norma o una valoración es justificable mediante una argumentación apropiada. En general, una decisión es racional si se basa en un determinado conocimiento y en determinadas valoraciones. Cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas⁴⁴, estamos hablando de la racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión. Los criterios acerca de lo que sea una argumentación apropiada son diferentes, ya que dependen de muchos factores. La calificación de un argumento ha de relativizarse a un determinado tipo de audiencia (o a una audiencia dada) y a un determinado tipo de situación (o a una situación dada)⁴⁵.

En este punto tenemos que el tipo de razonamiento jurídico que se considere válido, es construido por un juez, éste construye las normas mediante la interpretación del sistema positivo, de sus enunciados prescriptivos y en especial si usa de los principios jurídicos, y que en esa aplicación e interpretación subyace una manera de legitimarse: mediante una metodología dialéctica.

⁴² Ejemplo de ello consiste en las múltiples interpretaciones judiciales llamadas jurisprudencia en nuestro sistema jurídico mexicano, que establecen criterios cambiantes sobre una misma materia o concepto, y desde otra perspectiva en la incertidumbre que trae aparejada la postura del realismo jurídico mediante el “poder” de los jueces de aplicar el derecho de manera “libre”, sin más sujeción que la efectividad social en la aplicación.

⁴³ Guastini Riccardo. *Interpretar y argumentar*, Silvina Álvarez Medina (trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 235.

⁴⁴ Aquí tenemos el ejemplo nuevamente de la aplicación de la lógica formal al tipo de razonamiento judicial.

⁴⁵ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, FONTAMARA, México, 2008, p. 46.

Por lo tanto, yace aquí la importancia del tema a desarrollar en este trabajo, puesto que la dogmática aquí ha tomado dos caminos: o se sigue el camino de la lógica formal como criterio de validez de un determinado tipo de razonamiento o se sigue el camino de la postura dentro de las llamadas teorías de la argumentación jurídica.

Aun así, parte de los problemas que la racionalidad jurídica y judicial deben resolver están en la concreción conceptual —a manera de los principios jurídicos— y en la determinación de las normas en la aplicación de enunciados normativos de varios tipos de sistemas jurídicos provenientes de escenarios complejos derivados de ámbitos internacionales y comunitarios con contenido material o sustantivo diverso, trayendo con ello una ampliación exponencial del universo semántico que, lejos de facilitar la aplicación e interpretación del derecho, genera incertidumbre.

Aunado a ello, si este interlocutor juez tiene esa facultad positiva, se han desarrollado directrices de análisis tendientes a comprender su actuar en este campo, tales como la discrecionalidad judicial o el arbitrio judicial, en donde se ha llegado a señalar que uno de los problemas que sigue presentando estas formas estructurales, estriba en la demostración racional y científica de sus decisiones.

Este desorden conceptual y metodológico en la aplicación y en la interpretación de este universo semántico que hemos entendido como Derecho ha sido sometido a distintos filtros teóricos, pero recordemos que cuando hablamos de validez del conocimiento llamado científico, es porque, toda forma de razonamiento completa una taxonomía científicista. Toda ciencia, en la medida en que es ciencia, no hace valoraciones y en la medida en que valora, no es ciencia. Creo esto porque la ciencia es un conjunto de enunciados verdaderos y ordenados sistemáticamente que nos transmiten conocimientos acerca de una determinada porción del universo. No veo por qué la ciencia del derecho ha de ser una excepción.

Si esto es así, la ciencia jurídica, primero, debe constar de un universo de enunciados verdaderos, los cuales se considera que consisten en las descripciones conceptuales de las distintas figuras jurídicas que se han creado para entender las relaciones entre las conductas humanas, y además por las generalizaciones que de ellas se han hecho. Aquí me refiero a los que se consideran los principios jurídicos, los cuales se desarrollaran en el próximo capítulo.

En segundo lugar, al hacer referencia a este orden sistemático, es la referencia a la estructura coherente —válido— del andamiaje conceptual del cual parten las distintas disciplinas del derecho, de lo que se ha hecho gala e incluso abuso, puesto que cada una de ellas hace énfasis a manera de justificaciones, en un punto central, en un concepto y de ahí han creado toda una serie de relaciones y efectos que han pretendido explicar y comprender desde la teoría del derecho su objeto de estudio.

Es claro que los fenómenos físicos, los biológicos, los comportamentales y los culturales son ontológicamente distintos, por lo que al ser aprehendidos mediante el método que corresponda a su naturaleza permiten crear distintos tipos de ciencia, entre las cuales no hay ninguna razón para considerar que haya unas más científicas que las otras, y ni siquiera una más importante que las otras, pues en estricto sentido tiene mayor importancia para la vida de la humanidad el conocimiento científico que se podrá generar en relación a los fenómenos socioculturales que con relación a los fenómenos de la naturaleza.⁴⁶

Sigue diciendo este autor que cuando hacemos referencia a este contexto de las ciencias sociales, éstas necesariamente deben de hacer énfasis en la “naturaleza teleológica” de los fenómenos culturales que fuerzan a que su estudio se realice siempre en función de los fines para los cuales fueron creados. Y además que la forma de aproximación a los fenómenos culturales está dirigida por las características del método que les es propio, el cual es comprensivo, holístico, dialéctico, predictivo y empírico⁴⁷.

En suma, ahora la explicación “científica” de que los fenómenos sociales sean inteligibles teleológicamente, más que en determinar su predictibilidad es a partir del contenido de sus causas eficientes.

En esta situación lo que busca las ciencias sociales, mediante uno de los procesos elementales para llegar a la investigación son cuatro metas generales:⁴⁸

- 1) Describir el comportamiento: ya que describe sucesos, describe las formas en que los acontecimientos se relacionan sistemáticamente entre sí.

⁴⁶ Giraldo Ángel Jaime et. al. *Metodología y técnica de la investigación socio jurídica*, editorial Legis, Colombia, 1999, p. 30.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 31

⁴⁸ Información tomada de: Cozby Paul C. *Métodos de investigación del comportamiento*, octava edición, Leticia Pineda Ayala (trad.), Mc Graw Hill, México, 2005.

- 2) Predecir el comportamiento: una vez que se ha observado con cierta regularidad que dos hechos están relacionados sistemáticamente entre sí, entonces es posible hacer predicciones.
- 3) Es determinar las causas del comportamiento.
- 4) Comprender o explicar el comportamiento o los sucesos o hechos que ya han sido descritos. El conocimiento científico busca comprender por qué sucede la conducta.

Como hemos observado hasta aquí, la ciencia ha estado delimitada en dos partes una de ellas hace gala de las explicaciones causales y relacionales de la naturaleza tangible, mientras que la otra, de la naturaleza intangible, conceptual o abstracta busca la comprensión de este tipo de fenómenos. De esto las perceptivas metodológicas son las principales causantes de esta división a juicio propio, mal entendida.

De nuevo, el tipo de racionalidad en las ciencias sociales concibe la especificidad. Rechaza el modelo metodológico de las ciencias naturales y aboga, en cambio, por el análisis de lo individual y concreto, por medio de la “comprensión o interpretación” de los significados intersubjetivos de la acción social (desde el punto de vista del actor social). El énfasis se pone en el “lenguaje” y en los aspectos micro de la vida social (situaciones cara a cara).

Comprender un fenómeno es entenderlo en función del fin al cual apunta, teniendo en cuenta las condiciones de tiempo, modo y lugar en que él se da⁴⁹. En esta relación comprensiva, la vinculación entre el fenómeno y el fin al cual apunta es de mera posibilidad: para alcanzar un objetivo determinado el sujeto realiza el comportamiento que más se adecua a la vivencia que él tiene de la situación concreta; si ésta cambia, el comportamiento se modificará o será sustituido por otro que se adecue a la nueva situación. Es un camino que va de lo concreto real a lo abstracto y de aquí a lo concreto conceptual.

A esta, se han sumado posturas como el enfoque estructural-dialectico que asume la especificidad de las ciencias sociales como la comprensión. El enfoque del método

⁴⁹ Giraldo Ángel, Jaime, et. al. *Metodología y técnica de la investigación socio jurídica*, editorial Legis, Colombia, 1999, p. 31.

crítico-racional, el cual defiende la consideración de los valores y los fines sociales como objeto de estudio de las ciencias sociales.

Por ello, como hasta el momento podemos comprender, cada postura científica ha desarrollado su propia estructura conceptual, teórica y metodológica. No es objeto de estudio de este trabajo describir la génesis de estas posturas, sino que a partir de esta bifurcación entender que el Derecho, como adscrito a las ciencias sociales, ha desarrollado su cuerpo teórico precisamente bajo estas premisas científicistas.

Así las cosas, lo que tenemos que hacer a continuación será analizar cómo desde una perspectiva de los distintos paradigmas de las ciencias sociales existentes el conocimiento toma una forma propia a efecto de resolver criterios de verdad de su objeto de estudio. Y es aquí donde la validez del tipo de razonamiento usado en cada tipo de ciencia y bajo cada paradigma toma una importancia crucial.

Pues bien, antes de entrar al estudio del tipo de razonamiento creado para esta perspectiva científica formal, es necesario hacer ciertas precisiones que nos permitan explicitar el objeto de análisis. Primero, existe el uso generalizado para las ciencias formales de estudiar los hechos sociales para comprender su significación, tomando textualmente la definición de hecho social de Emile Durkheim, quien señala que “Un hecho social es toda manera de hacer, establecida o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coacción exterior; o también, el que es general en la extensión de una sociedad determinada teniendo al mismo tiempo una existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales”⁵⁰. Es decir, todo es observable y empíricamente valioso para este contexto, sin embargo, sigue siendo demasiado amplio el campo que estudian las ciencias sociales, es decir, ontológicamente el objeto de estudio es el mismo que en el derecho.

Al respecto Mario Bunge⁵¹ hace una precisión: “...en el lenguaje ordinario dato y hecho se usan con frecuencia indistintamente. Este uso es incorrecto, pues los datos son proposiciones, no hechos. En consecuencia, los datos pueden ser más o menos verdaderos, y si son menos que verdaderos son corregibles, en tanto que los hechos

⁵⁰ Durkheim, Emile. *Las reglas del método sociológico*, FCE, México, 1989, p. 52.

⁵¹ Bunge Mario. *Filosofía en las ciencias sociales*, siglo XXI editores, México, 1999, p. 126.

pueden ser reales o imaginarios, placenteros o dolorosos, etcétera, pero no verdaderos ni falsos...”.

En otras palabras, cuando se estudia esa realidad abstracta y subjetiva, un punto objetivo de análisis lo son las proposiciones, las conjeturas, las hipótesis el lenguaje que de ella puedan hacerse y que impliquen describir, comprender e interpretar esa coacción exterior en los individuos y, sobre todo, las que resulten “válidas” para el razonamiento científico, y ello puede ser a manera de usar los principios jurídicos.

Parafraseando dicha definición, existe una estrecha vinculación entre la vida individual y la estructura, el órgano y su función, cuyos lazos que los unen son perfectamente observables incluso medibles y que las inducciones realizadas en este sentido son aplicables u observables en las conductas humanas, pero con diferencias de grado, de profundidad, de interpretación, de justificación, de demostración.

Y que esos hechos o fenómenos sociales han de ser tratados como cosas, y esas cosas son los conceptos que la misma sociedad ha creado o construido a mi parecer. El objeto de estudio científico lo es precisamente esa realidad construida en abstracto de la observación de conductas y conceptos en relación directa de uno o un grupo de individuos.

Por consiguiente, esta perspectiva cualitativa de las ciencias tiene una utilidad sumaria, puesto que aporta una aproximación metodológica en la búsqueda del sentido de las acciones sociales y de las conductas, es decir, su interpretación. Podemos en este punto confrontar a W. Dilthey⁵² y a H. George Gadamer⁵³ al respecto.

Pues bien, hacer ciencia entonces consiste en explicar. Es de sobra conocida la polémica sobre la distinción entre “explicar” y “comprender”, a raíz de los planteamientos de Dilthey

⁵² Según Dilthey, la realidad se basa en una identidad sujeto-objeto, que es propia de las ciencias del espíritu. Aquí el investigador y la realidad investigada pertenecen al mismo universo histórico. La comprensión se da desde dentro de los fenómenos históricos-sociales.

⁵³ Señala Mardones que Gadamer mantiene un talante conciliador entre la hermenéutica del conocimiento, procedente de las ciencias del espíritu (Dilthey) y la hermenéutica del lenguaje (Heidegger). Para Gadamer en la discusión entre el explicar (Erklären) científico y el entender hermenéutico (Verstehen), la primacía la tiene el entendimiento hermenéutico. Antes de todo entender explicativo o científico-natural está, como previo y fundante, el entendimiento hermenéutico. Todo entendimiento auténtico exige interpretación y toda interpretación quiere decir propiamente interpretación de un lenguaje. Por esta vía, deduce Gadamer la mediación universal, necesaria y suficiente, de todo entendimiento e interpretación. Interpretación que será concebida como transposición (traducción) de un lenguaje (texto) a nuestro lenguaje. Mardones, J. M., et al, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*, editorial Coyoacán, México, 1982, p. 69.

y de las consecuencias posteriores en la oposición entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu.

Explicar es el método característico de las ciencias naturales; consiste en reducir lo desconocido a lo conocido. Explicar un fenómeno natural no es otra cosa que reducirlo a sus elementos; consiste en determinar sus causas y, en especial, identificar la ley natural que frecuentemente se oculta en la multiplicidad y dispersión de los hechos observables. Comprender equivale, por el contrario, a un esfuerzo que va más allá de la explicación causal y que consiste en la aprehensión del sentido y valor que habitan los fenómenos humanos y los procesos sociales. Es un avanzar hondo en la profundidad de lo humano que, por definición, es denso y complejo.

Explicar, se ha visto, significa describir los hechos sociales tal cual son; construir las razones ocultas y aquellos factores constitutivos que, además de fundamentar, articulan y configuran las manifestaciones dispersas de lo aparente; descubrir los principios estructurantes de lo social.⁵⁴

Lo anterior es necesario, puesto que las tendencias sobre la validez de determinado conocimiento en las ciencias sociales trascienden a la aplicación científica de los principios jurídicos.

Esta perspectiva ha generado un modelo de razonar que se ha caracterizado por denominarse formal (en razón de su adscripción a las ciencias abstractas o sociales), hipotético y deductivo, que el derecho de igual forma ha usado para la demostrabilidad de sus afirmaciones en el razonamiento judicial, puesto que lo hipotético implica el ejercicio racional del aplicador del derecho predeterminando un sentido a la norma, la cual por medio de los conceptos de la cual está formada, genera por medio de la deducción la cuadratura y la adscripción de un hecho a un dato conceptual y por ende, la solución a un caso.

Para Norberto Bobbio⁵⁵, un modo de acercarse al Derecho lo entiende como algo diferente al “método”; no se trata, en efecto, de los instrumentos o de las técnicas empleadas en la investigación, con respecto a los cuales el positivismo jurídico no presenta una característica peculiar, sino más bien de la delimitación del objeto de

⁵⁴ Sánchez Puente Ricardo. *Enseñar a Investigar. Una didáctica nueva de la investigación en ciencias sociales y humanas*, UNAM, México, 2014, pp.199-200, 206.

⁵⁵ Bobbio Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, FONTAMARA, 12, México, 1991, p. 34.

investigación. Lo que revela cierta orientación hacia el estudio de algunos problemas más que de otros, y cierta actitud frente a la función misma de la investigación o generación de un conocimiento sobre el sentido de la aplicación del derecho.

En esta primera acepción del positivismo jurídico, positivista es, por consiguiente, aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores, es decir, las normas a aplicar no contienen valor axiológico alguno - el que lo aplica sí.

En suma, si tenemos que en la concepción del Derecho podemos entender que este se encuentra integrado por disposiciones jurídicas, es decir el texto legal positivo y vigente y además, como producto de la interpretación del significado de esa disposición jurídica⁵⁶, se tienen las bases para determinar un tipo de razonamiento propio para el derecho, el cual, actuando deductivamente el operador del derecho, usando la disposición jurídica como una premisa universal y afirmativa, y la segunda premisa usando el hecho fáctico que resulta controvertible, el resultado o conclusión es la respuesta válida para el derecho positivista, en este sentido el intérprete se deslinda de cuestiones valorativas, en otras palabras, lo que ya se ha descrito como la subsunción usando el modelo de la lógica.

A pesar de ello, se tiene la presencia de otra tendencia que ha pretendido desarrollar éste tópico, llamada de la argumentación jurídica, que consiste esencialmente en operar con enunciados legales en situaciones reales o hipotéticas en términos genéricos y relativamente abstractos, pero siempre teniendo en cuenta las situaciones fácticas reales, y las razones que juegan a favor o en contra, una clasificación que se considera completa la describe Recasens Siches⁵⁷, quien llama "lógica de lo razonable" a este tipo de tendencia.

Recasens Siches dice que analizando la acción humana en las que los enunciados normativos positivos y vigentes y, de las normas creadas en su interpretación y aplicación, la forma de razonamiento debe tener las siguientes características: está

⁵⁶ Puesto que lo que hace Bobbio es deslindar al derecho de cuestiones valorativas o axiológicas como una postura ontológica.

⁵⁷ Confróntese el capítulo séptimo de su obra Recasens Siches Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2ª edición, Porrúa, México, 1973.

condicionada por la realidad concreta del mundo en el que opera, está impregnada de valoraciones de criterios axiológicos, y estas están referidas a una determinada situación humana real. A su vez, éstas persiguen determinada finalidad, propósitos o fines.

En este escenario, elementos conceptuales tales como la congruencia y la adecuación⁵⁸ son fundamentales:

- a) Entre la realidad social y los valores.
- b) Entre los valores y los fines y propósitos;
- c) Entre los propósitos y la realidad social concreta;
- d) Entre los fines o propósitos y los medios, en cuanto a la conveniencia de los medios para los fines;
- e) Entre los fines y los medios respecto de la corrección ética de los medios; y
- f) Entre los fines y los medios, en lo que se refiere a la eficacia de los medios.

En los siguientes capítulos se retomará el análisis sobre el tipo de congruencias y adecuaciones entre este tipo de variables, como la ponderación, son ejemplo o herramienta metodológica que ha usado el derecho a manera de argumentación para demostrar el tipo de validez de un razonamiento tomando como referencia las razones en juego.

En suma, el hecho social es un proceso histórico y la realidad es un complejo de procesos. Los hechos deben completarse con tendencias, aunque éstas sean categorías distintas en la lógica de las ciencias duras. Y estas tendencias y procesos han aparecido como actos necesarios válidos para contextos inmediatos que podían elaborarse unos con otros para dar dirección a un cambio y sentido a una transformación social de mayor alcance.

Entonces, tenemos un elemento en común que va a cristalizar la objetividad de las ciencias sociales y por ende el tipo de razonamiento en y para el Derecho como lenguaje científico: los datos o proposiciones que se realicen y que se buscan sean verdaderos o falsos por medio de cierta demostración, ello implica la categorización en el uso de dicho lenguaje científico, y que trasciende en el grado “académico”, como comprensión, interpretación y descripción, ya que dependiendo el nivel para el cual se esté usando

⁵⁸ Ídem p. 287 y 288.

deberá hacerse uso del lenguaje; entonces, lo verdadero y falso se transforma en lo aceptable o no aceptable.

De este modo, se tiene un modelo que ha desarrollado sus afirmaciones en el discurso de las incongruencias de los horizontes de aplicación del anterior; este modelo de explicación teleológico basa sus afirmaciones en tratar de captar el sentido o motivación de la ciencia, dotar de sentido a la verdad como aceptabilidad; el problema a trabajar consiste en dar cuenta de las condiciones en las cuales se produce el acto interpretativo de una realidad abstracta como lo presenta el derecho a una realidad factual que se presenta a manera de una controversia jurídica.

El conocimiento ahora se determina mediante la explicación y la comprensión del objeto, es decir, de cuál puede ser el significado que podemos dotar a la realidad factual y social. En este sentido, si el objeto de las llamadas ciencias sociales es validar el conocimiento que derive de la explicación de las relaciones entre los sujetos y cuya pauta es la conducta humana, entonces la comprensión será el método más adecuado para captar el significado del objeto y la intencionalidad del sujeto.

Así mismo, al observar el conocimiento verdadero considerado como aceptable y válido dentro de este modelo comprensivo, el sentido del derecho se compone y se pretende explicar desde la estructura sistémica que lo fundamenta y lo justifica el operador del derecho.

Sin embargo, ese comprender permite concebir el conocimiento como construcción social; epistemológicamente implica una relación de coordinación entre el sujeto que conoce —el operador o intérprete del derecho— y el objeto por conocer —realidad fáctica— y su confrontación con la realidad formal que implica el derecho, ya sea a manera de disposiciones legales positivas o como construcción normativa, y desde la perspectiva metodológica un ejercicio de justificación del razonamiento usado en esa relación de coordinación.

Es entonces que, el conocimiento se demuestra mediante una estructura argumentativa, como justificación de una realidad plausible, en la cual va implícita una función valorativa de la axiología usada en los operadores, es decir, que el razonamiento cualificado como científico en la aplicación del derecho, además de mantener la obediencia al derecho positivo y vigente, ahora incorpora maneras de demostración de su plausibilidad y

validez. Ésta última que es la que nos interesa, en función directa de la posición teórica correspondiente que el intérprete conozca y elija.

A través de la comprensión del Derecho el operador del derecho exterioriza un razonamiento y con él da sentido al conocimiento derivado de lo social y que inicia en el derecho positivo y que descifra el contenido oracional al aplicarlo al contexto factual humano.

Es decir, lo que caracteriza en este modelo a la racionalidad del derecho es la discursividad que fundamenta la legitimidad de los postulados como enunciados legales, o en lo que predicen los sujetos de otros sujetos al explicar su realidad en el sentido de la norma como fin. Aquí radica la convencionalidad en las afirmaciones y las cuales se plasman en contenidos normativos e interpretativos.

Si hablamos de convencionalidad del conocimiento, entonces ello implica la construcción del conocimiento jurídico⁵⁹ por los sujetos de cierta comunidad epistémica (legisladores, jueces e investigadores), entonces la materialidad de la verdad y su aceptabilidad y por ende la racionalidad del conocimiento se va a determinar por el lenguaje y la intencionalidad del sujeto, que van a pretender comprender cada uno de los distintos objetos de los que está conformada la realidad natural como la social.

Ahora bien, si ya hemos analizado el horizonte que comprende los conceptos de realidad, conocimiento y verdad, se hace la afirmación de que el derecho necesita producir las condiciones necesarias que permitan su observación, y este no puede ser de otra forma sino mediante el lenguaje.

⁵⁹ En efecto, cuando se habla de constructivismo, en este trabajo se hace desde la perspectiva social, no cognitiva que en las distintas tendencias en materia de educación se han desarrollado, sino desde una perspectiva o tendencia que Rosario Cubero Pérez ha señalado en uno de sus trabajos y ésta consiste en describir, primero, que para la orientación constructivista denominada construccionismo social las descripciones y los relatos construyen las versiones del mundo. La correspondencia entre conocimiento y realidad se entiende como la adaptación funcional de las personas a un mundo interpretado. Y la realidad se construye socialmente dentro de tradiciones sociales y actividades culturalmente compartidas. Las personas son los agentes activos en la construcción de esa realidad, que se lleva a cabo por medio de unos instrumentos psicológicos característicos de los individuos interactuando en contextos específicos. Una construcción de la que son parte sustantiva la historia cultural y la historia personal. Son muchas las implicaciones teóricas y metodológicas que se desprenden de la descripción que hemos elaborado para la definición de los procesos de construcción del conocimiento y para la propia concepción del individuo. Estamos de acuerdo con Shotter (1995) cuando propone una visión más fluida del individuo. Una explicación de la actividad humana que no obedezca a un orden sistemático, jerárquico y unitario, donde las personas expresan representaciones mentales preexistentes o ponen en práctica teorías prefijadas, sino que recoja el contexto fluido de construcción y de acción. En Cunero Pérez Rosario. *Elementos básicos para un constructivismo social*. Avances en Psicología Latinoamericana, Volumen 23, 2005, pp. 43-61.

Siendo así, el conocimiento del derecho deberá estar sustentado al análisis del lenguaje y, la realidad social depende de la contingencia de las interpretaciones de los propios sujetos sobre el contenido informativo de lo que implica la idea de derecho, y de cómo el conocimiento por ende sea verdadero y válido dentro de este modelo comprensivo, entonces, el sentido del derecho se compone y se pretende explicar desde la estructura sistémica que lo justifica, siendo esta actividad sustentada por el “constructivismo retórico”, puesto que al analizar las incongruencias derivadas de la falta de coherencia de la aplicación de los postulados a la realidad, se observa que las razones que se usan tomando en cuenta el modelo de la retórica se encuentran perfectamente justificadas al derecho.

Una de las tesis centrales de este trabajo radica en que la actividad del juez está precisamente en legitimar cuál de los discursos derivados de un hecho o acto controvertido entre sujetos es el que más resulta convincente y persuasivo, que además explique la realidad, y en consecuencia establece un tipo de verdad contingente y, por ende, construye esa verdad y esa verdad tiene que ser aceptada y sirve de parámetro de la construcción de la realidad social. Y esa aceptación implicará usar ciertos criterios de validez, como la científicidad mediante el uso de principios jurídicos.

Por ello, el derecho, como conocimiento que se justifica por los sujetos en los distintos auditorios, recurre a un tipo de argumentación.

Si el conocimiento del derecho está cimentado bajo la clave epistémica de que se puede conocer el ámbito del derecho partiendo de la base de que el derecho mismo necesita producir las condiciones necesarias que permitan su observación, y por ende el conocimiento del mismo no puede ser de otra forma sino mediante el lenguaje. Es decir, tiene un carácter instrumental que lo hace ajeno a toda cuestión ética. Si esto es así, el conocimiento del derecho y la aplicación del mismo sólo deberán estar fundados en la justificación de un conocimiento plausible, ya que el derecho no se puede mostrar como cosa física.

La razonabilidad epistémica del juez está basada en la forma de obtención del conocimiento. Además, la racionalidad de las sentencias implica la construcción de su sentido al ser intérprete del lenguaje del derecho y, si éste es retórico, la discursividad se va generando mediante la interacción con su auditorio, la sociedad y los demás jueces.

El juez conoce del lenguaje del derecho porque sabe lo que éste dice, es decir, entiende el sentido de las disposiciones oracionales de las normas. El juez lee la conducta, ya que el derecho en sus distintos preceptos oracionales es una respuesta a la pregunta ¿Qué debemos hacer?

Ahí donde el derecho se justifica a sí mismo desde el lenguaje, surgen diversas teorías que nos señalan cómo debe ser este lenguaje y como debe ser la construcción de esa realidad partiendo de los horizontes de comprensión del sujeto ante distintos tipos de auditorio y, en lo que interesa, sirven de sustento contextual para demostrar la validez de las afirmaciones que deban ser aceptadas por una comunidad determinada en el Derecho.

Entre las principales posturas teóricas están el Garantismo, cuyo principal exponente radica en Luigi Ferrajoli, la escuela crítica de Duncan Kennedy y en La teoría del constructivismo retórico o de la Argumentación Jurídica.

En resumen, en el garantismo⁶⁰, el fenómeno jurídico, busca cubrir los diversos flancos que de forma aislada han sido enfocados por los reduccionismos. El modelo garantista, en su dimensión normativa del derecho, cumple una función de limitación del poder. Esta dimensión se identifica, en Ferrajoli, con el Estado de derecho, y los límites al poder se materializan con los principios de legitimación formal y legitimación sustancial. En su dimensión de teoría del derecho, incide en una nueva concepción de la cientificidad del derecho y promulga un iuspositivismo crítico que fortalece el papel de los jueces y de los juristas como los encargados de la mejora permanente de los ordenamientos jurídicos.

De otra manera, el Garantismo es la otra cara de un constitucionalismo rígido, el cual está encaminado a asegurar las técnicas de garantía idóneas para garantizar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente, que no es otra cosa que extender semánticamente a ciertas leyes un afán que garantice, por su ubicación jerárquica como en la constitución las reglas mínimas de limitación de ese poder concedido, en este caso a los jueces. Y en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es un paradigma embrionario que puede y debe ser extendido

⁶⁰ Ferrajoli, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*, FONTAMARA, México, 2008.

en una triple dirección: 1) para garantizar todos los derechos; 2) frente a todos los poderes públicos y privados; 3) a todos los niveles, hasta el internacional.

En otras palabras, a este tipo de discurso teórico le podemos imputar diversas incongruencias con la realidad de los sujetos en el contexto social, ya que se trata sólo de una meta teoría semántica con tintes republicanos que pretende dotar de ciertas técnicas de verificación empírica de los discursos jurisdiccionales, siempre tomando como base el lenguaje de una norma superior como lo es el plasmado en una constitución, en donde este enfoque normativista sólo aporta un referente semántico al discurso del juez, manteniendo la discrepancia fundamental entre las normas y los hechos y cuya validez del conocimiento así obtenido sigue siendo interna del propio sistema normativo, sólo reproduciendo el propio derecho.

El derecho llamado constitución sólo es un referente semántico para la verdad que pretende dotar de sentido a la epistemología judicial. Sólo le aporta un referente al juez para soportar su discurso. La constitución es una convención lingüística que establece una verdad relativa, ya que ésta estará en función de que, si y sólo si, otro u otros interlocutores están de acuerdo conmigo en la atribución de un predicado al contenido oracional de sus postulados; y ello ha determinado una condición semántica de la verdad. Por ende, estamos en presencia del problema de la verdad entendida como resultado de un proceso de verificación, tal como lo plantea el modelo instrumentalista o causalista del conocimiento. Aquí se nos presenta otro problema: esas “normas constitucionales” han sido descritas como principios y esos principios pueden colisionar entre sí ya sea con motivo de su ubicación, por su contenido y hasta por su forma.

Encontramos aquí un indicio que permite abonar al tema de la validez aquí propuesto, pues existen coincidencias con la característica de auditabilidad, la cual hace referencia que otro investigador pueda seguir la pista o la ruta de lo que el investigador original ha hecho. Hablamos de la convencionalidad de las conclusiones, es decir, esta postura será válida si se usa el lenguaje de esa norma constitucional, lo que no resuelve es el uso simultáneo y los posibles conflictos en ese uso.

En esta postura, Kennedy⁶¹ nos muestra los posibles contextos en los que se podría encontrar el juez y de cómo éstos influyen en su decisión; es decir, la postura implica el análisis de los distintos factores tanto internos como externos que condicionan la sustentabilidad de la obtención del conocimiento del derecho por medio de los interlocutores como lo es el juez y los sujetos en conflicto y, de cómo coordinar la libertad positiva del juez y las restricciones existentes en las disposiciones jurídicas en la decisión judicial. Plantea, en esencia, que estos aspectos producen un escenario en el que el juez debe utilizar en fuerte medida la argumentación jurídica para lograr esa anhelada resolución que “siente” es la justa.

Aquí cabe la aclaración en el sentido de que Duncan desarrolla su modelo partiendo de un escenario en el que un juez del sistema Common Law soluciona un caso, estructurando una serie de ideas sobre las cuales expone la forma de creación desde lo interno y lo externo resultado de la práctica judicial, traducida al proceso de construcción crítica del desarrollo de una construcción gestáltica y social de una forma de solucionar los problemas de aplicación del derecho. Y para efectos del desarrollo de este trabajo, se hará la debida adecuación al caso del juez mexicano, ya que los sistemas del Common Law y Romanista difieren en esencia sobre planteamientos esenciales de la aplicación e interpretación del derecho, para resaltar en esencia las razones que subyacen en la verdad y aceptabilidad de sus afirmaciones.

Al analizar el aspecto interno o podríamos llamar cognitivo del interprete, lo trata desde una perspectiva humanista al tomarlo como una persona influenciable por una cantidad de factores propios del ser humano y cómo éstos influyen en su toma de posición final, pues son los que crean su sentido de justicia, resalta la marca moral de la calidad del intérprete del derecho. Hace énfasis en lo que la ley propone y su posible choque con la sentencia deseada y como en caso de que exista tal conflicto se debe recurrir a la argumentación para que, por medio de ésta se podrá llegar al punto deseado. La argumentación implicará la validez de esa decisión traducida en una sentencia.

Cuando Duncan hace referencia a las configuraciones del campo, es en especial donde existe la restricción del proceso gestáltico de entendimiento del juez, es ahí donde existe

⁶¹ Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial, el debate con la teoría crítica del derecho*, en www.duncankennedy.net. Consultado en diciembre del 2011.

la restricción y la libertad en la decisión judicial, y que de manera contextual fundamenta la validez del tipo de razonamiento usado, en otras palabras, el autor se centra en el aspecto cognitivo del intérprete como justificación de la validez de sus decisiones. Y por ello, señala que:

Primero, cabe la aclaración de que cuando Duncan hace referencia a las configuraciones de campos típicas que se pueden presentar en el interlocutor, es lo que implica el horizonte de comprensión del juez, puesto que en un primer acercamiento, lo que determina ese horizonte es el conocimiento previo de todas las manifestaciones posibles del conocimiento jurídico, es decir, de los modelos de explicación del derecho, de los diversos criterios que el foro aplica e impone y que en el juez se evidencia por la forma en que en la práctica resuelve y aplica lo que llamamos derecho a la realidad.

El límite consistirá en ubicar el tema a tratar dentro de ese cúmulo de conocimientos que presentan cierto orden o atiende a ciertas razones de sistematización y en este caso a ciertos criterios de validez del razonamiento usado en una sentencia.

A manera de resumen, Duncan lo que hace es criticar la forma mecánica de subsunción de aplicación de la ley en la que ha estado inmerso el horizonte de comprensión del juez, al mostrar de una manera descriptiva lo que para él es la ley y de cómo es lo que creemos que es su aplicación.

Es decir, la libertad y la restricción, al final de cuentas, influye y marca la decisión judicial, radica en el horizonte de comprensión, ya que el límite del campo del discurso como universo, o sea, del cúmulo de conocimientos que apoyan la comprensión del juez, marcan la libertad dentro de esa amplitud, ya que no hay límites comprensivos que permitan construir una historia coherente de los hechos con el texto legal, lo que existe es un universo entero de interpretación, inherentemente subjetivo y, quizá, incluso inherentemente arbitrario a través del cual podemos cruzar para poder llegar de la norma a los hechos y, por supuesto, tales hechos no están ahí, más que lo que está la norma.

Cuando señala Duncan que se percibe como un posible foco de energía política capaz de generar cambios en una dirección igualitaria, comunitaria, descentralizada y socialdemócrata⁶², es decir, establece las bases por las cuales el juez, mediante la

⁶² El movimiento *critical legal studies* considera que utilizar el razonamiento jurídico para justificar las reglas de la sociedad actual crea la apariencia de que sus consecuencias opresivas son inevitables e inherentemente justas. Y por ende los temas

construcción del discurso de la sentencia a la que quiere llegar, puede llegar a ser la base de construcción de criterios de validez de un tipo de razonamiento, objetivo de este trabajo.

Por otro lado, esta justificación del derecho hace presente otra perspectiva sobre el conocimiento aplicado y generado de sus premisas, se parte ahora del planteamiento de Gerardo Ribeiro⁶³, quien dice que el conocimiento como tal es el resultado de la construcción que de él haga el interlocutor ante un auditorio determinado, ya que el conocimiento propuesto por la ciencia se caracteriza por ofrecer, de un modo u otro, una garantía de su propia validez. Esta garantía epistémica es la que sostiene toda la pretensión de verdad y de certeza de su saber. Sin embargo, estas garantías de validez no son inmutables, sino que, a la luz de las teorías dominantes de cada época, se han modificado y estas garantías de validez van desde la demostración, pasando por la descripción y finalizan en la corregibilidad del conocimiento.

En otras palabras, en Gerardo Ribeiro observamos que la premisa que el sostiene sirve para demostrar que el conocimiento generado por la ciencia tiene la connotación de ser obtenido por y mediante la retórica, puesto que el desarrollo que ofrece desde Popper, pasando por Kuhn, hasta Feyerabend se puede rastrear una idea de racionalidad científica retórica que reivindica a la argumentación como instrumento para convencer, pero también para persuadir y seducir a las comunidades científicas de la validez epistémica de sus afirmaciones.

La argumentación es el método por el cual el conocimiento científico se ostenta como válido, tan es así que la validación de nuevos conocimientos que se oponen a otros conocimientos se resuelve entonces por la capacidad de persuadir a las comunidades científicas pertinentes desde las técnicas argumentativas, porque al decir de Kuhn, la

fundamentales del movimiento son: 1. Se pone un énfasis en las lagunas, conflictos y ambigüedades que se encuentran en el ordenamiento jurídico positivo, siendo inevitable la libertad de interpretación extensiva. esta libertad facilita que el derecho sirva para justificar decisiones políticas que hacen permanecer el *status quo* actual; 2. las reglas positivas del derecho privado tienen un efecto distributivo significativo en el bienestar de los grupos en conflicto de la sociedad. las áreas del ordenamiento jurídico que, generalmente, son entendidas dentro de la cultura jurídica, como la expresión de principios generales incontrovertibles, en realidad implican decisiones políticas; 3. el discurso jurídico no es transparente, en realidad es un discurso de elección e intención política presentado como un discurso de necesidad interpretativa; 4. Se ocupa de la lucha contemporánea sobre la viabilidad del derecho social. el discurso del derecho social ha sido desigual al momento de enfrentar la pregunta de cuándo puede funcionar y cuándo no.

⁶³ Ribeiro, Gerardo. *Retórica y racionalidad jurídica*, revista de derecho, 5, universidad católica del Uruguay, Montevideo, 2010.

competencia entre paradigmas no es el tipo de batalla que pueda resolverse por medio de pruebas⁶⁴.

Siguiendo a Ribeiro, la idea de validación del conocimiento científico bajo este contexto implica la capacidad del interprete para convencer sobre la “verdad” de su resultado, y éstos resultan entonces como validadores de esos discursos al tiempo que son productores.

De ahí que esa condicionante retórica del cambio en el conocimiento científico se expresa en el discurso que se construye desde los paradigmas de una comunidad científica específica, como puede ser la de los intérpretes del derecho, y es la comunidad científica la que lo valida: construcción y validación son las dos caras de una misma moneda, dado que el paradigma rige el trabajo de un grupo de personas determinadas, no un tema específico.

Entonces, el ejercicio justificativo de un intérprete y la aceptación de otros intérpretes es lo que dota de validez al resultado de su actividad: la interpretación del derecho.

Por ende, el convencimiento retorico es la última línea de defensa de la racionalidad pura. La reivindicación del lenguaje (que significa la reivindicación de sus condiciones retóricas: persuasión y seducción por medio de recursos del lenguaje sobre el lenguaje) permite resolver los problemas de inconmensurabilidad entre teorías. El modo de presentarse una ciencia es desde la identidad y la coherencia de su lenguaje que le permite, a un tiempo, construir sus postulados, sus categorías taxonómicas, su práctica y la retórica que la defiende, dado que la ciencia y ellos son una misma cosa.

Sigue diciendo Ribeiro que:

“lo que caracteriza a las teorías que forman parte de la tradición de investigación es que comparten no solamente rasgos metodológicos sino también valoraciones metafísicas que, independientemente de su contenido, la forma en que se presentan estas valoraciones es por medio de un léxico común, un vocabulario particular que nombra esos valores y permite la identidad de la teoría y la pertinencia a una tradición de investigación.”⁶⁵

⁶⁴ Ídem, p. 147.

⁶⁵ Ibídem, p. 150.

Así las cosas, toda creación de un intérprete, validada por su auditorio implica la reafirmación o creación de una nueva teoría, que consiste en una apropiación personal, creativa y propositiva de la lengua expresada en su discurso (teoría) personal. Una nueva teoría es, entre otras cosas una nueva expresión del habla, un nuevo discurso que se apropia del mundo, de su mundo, desde las preferencias construidas en y con el propio discurso. El discurso es nuevo y propositivo si es autorreferencial y no solamente informativo: resemantizar el mundo es cambiar el sentido del mundo.

Esto lo podemos palmar hoy día mediante las distintas interpretaciones que están surgiendo a manera de jurisprudencias y criterios dogmáticos sobre la intensión y el uso de un determinado tipo de conceptos y sus alcances en un contexto casuístico determinado en aras de la aplicación de un derecho constitucional y convencional y de igual forma en el impune uso de y sobre los principios jurídicos.

En suma, en este punto, Ribeiro sostiene que si la ciencia que reivindica un conocimiento probado por cualquiera que sea el modelo de validación, termina, sin embargo, reivindicando la argumentación persuasiva, para convencer a una comunidad científica, que de aceptar la nueva idea, la volverá referente fundacional de nuevas ideas, con mayor razón el conocimiento jurídico podrá construir su racionalidad desde el instrumental de la retórica para persuadir a una comunidad específica (por su léxico) como la comunidad jurídica.

Y este concepto es verdad porque tanto la ciencia como el derecho son discursos que, por su propia materialidad lingüística, se construyen, se desarrollan y se modifican por medio de los instrumentos retóricos, dado que la retórica es el único método de trabajo inherente al lenguaje.

Por el contrario, se trata de demostrar que la idea de racionalidad de la ciencia, que goza de tan buena aceptación comunitaria, está avalada únicamente por prácticas retóricas; por lo tanto, el derecho puede asumir con dignidad y combativamente su condición retórica tanto en su racionalidad como en su práctica procesal. Construye de esta manera, un argumento analógico entre la racionalidad retórica de la ciencia y la racionalidad retórica del derecho.

En esta condición retórica de la racionalidad, el papel del intérprete tendrá ciertas características especiales, de inicio una formación racional o una idea de racionalidad es

una práctica discursiva que permite que el hablante construya un horizonte de comprensión que al tiempo que lo identifica (y lo diferencia) ante los otros también crea sus instituciones y legitima su vida cotidiana, su producción artística y el desarrollo de sus saberes científicos ofreciendo ideas, conceptos, valores, criterios, principios y categorías que les permiten identificarse con ellos, ser reconocidos por los otros, y sobre todo, concebir al mundo desde esa perspectiva. Racionalidad es pues, un horizonte de comprensión desde el cual el hablante justifica sus afirmaciones.

El aspecto cognitivo del interprete esta en relación directa con su horizonte de comprensión, puesto que le permitirá, por una parte, construir su identidad como aplicador e intérprete del derecho y por la otra, están constituidas por un conjunto de ideas, conceptos, valores, criterios, principios y categorías que conforman su horizonte de comprensión y que las utilizan en el mismo sentido a efecto de construir un discurso que dé cuenta de la realidad desde esa racionalidad.⁶⁶

Por lo tanto, la construcción del discurso, desde esta perspectiva, es un hacer. Por ello, pensar el mundo es cambiar el mundo porque pensar el mundo es construir una discursividad que se ofrece como horizonte de comprensión de una idea de racionalidad determinada y servirá de referente tanto para construir teóricamente la nueva realidad como para actuar desde ese horizonte.

Si esto es así, los interlocutores podrán crear sus criterios de validez, como se dijo, mediante la identidad y la coherencia, conceptos con los cuales se puede legitimar el uso en el razonamiento judicial de elementos que permitan justificar una norma o elegir el uso de principios jurídicos o reglas existentes en un sistema jurídico.

En suma, la idea central del autor, radica en sostener que debemos entendemos por racionalidad jurídica un conjunto de prácticas discursivas argumentativas que necesariamente reivindican principios, valores, criterios, categorías e instancias de

⁶⁶ Ejemplo de ello es la propuesta del Juez *Spoudaios* sostenida por José Carlos Rojano Esquivel, “el juez *Spoudaios* enuncia la conducta conforme a los enunciados normativos, pero ponderando a la luz de lo valorativo, es jugador que va del saber jurídico como saber teórico al saber jurídico como saber práctico.”; en otras palabras, el horizonte de comprensión propuesto va de lo dogmático a lo práctico ¿por qué? Porque hay que aplicar el derecho hay que resolver los problemas. En Rojano Esquivel José Carlos. Del juez Hércules al juez *Spoudaios*, en ética y justicia: reflexiones y planteamientos intemporales, coordinado por Juan Ricardo Jiménez Gómez, Enrique Rabell García y Gabriela Nieto Castillo, editor Miguel Ángel Porrúa, México 2014, p. 183.

legitimación que discursivamente construyen y determinan el desarrollo del saber jurídico y sus instituciones de justicia.

Obsérvese en este punto, como en este escenario convergen los conceptos con connotación axiológica y conceptos con connotación formal, situación que en el caso de las justificaciones teóricas del positivismo jurídico no podrían coexistir.

Pero, metodológicamente ¿cómo se logra ello?, Ribeiro sostiene que mediante la preeminencia de un horizonte de comprensión sobre otro horizonte de comprensión se hace depender la eficacia retórica de uno u otro discurso jurídico en su caso, donde eficacia retórica significa demostrar, persuadir, o seducir con el lenguaje a un auditorio judicial determinado y lograr su adhesión a las premisas del discurso de una de las partes en litigio, como a la aceptación de la sentencia de un juez.

Al respecto de la validez de este tipo de racionalidad, sostiene el autor que “La racionalidad jurídica está determinada por dos condiciones de validez: que la argumentación sea legal y que sea legítima. Las condiciones que hacen posible que un argumento jurídico sea legal son las referencias a las facultades que la ley le otorga al intérprete y el uso de leyes vigentes positivas. Sin embargo, la pregunta que interroga por la legitimidad de la racionalidad de la argumentación jurídica hace referencia en un sentido a las relaciones de la argumentación con el lenguaje de la vida comunitaria”⁶⁷.

Punto central para el objetivo de este trabajo es verificar entonces la coherencia tanto de las disposiciones jurídicas que se han construido y, por otro lado, la construcción del sentido que a esas disposiciones les ha dado el intérprete. Y si además señalamos que contingentemente los valores individuales como sociales o comunitarios reflejan el aspecto óntico individual y público del juez, el problema a sistematizar aumenta.

En la misma línea que maneja Ribeiro, entonces debemos entender que la coherencia en la racionalidad jurídica sirve de fundamento de su validez epistémica, y en la argumentación jurídica significa que ésta habrá de “construir el sentido” del enunciado legal en las diversas relaciones que se establecen entre, el propio discurso de la ley, y por otro, los hechos, la moral interior y pública, la cultura de la comunidad, entendida

⁶⁷ *Ibidem*, p. 157.

como los símbolos y valores con los que la comunidad se identifica y fundamentalmente reproduce su vida cotidiana, en ello estará la coherencia.

La argumentación retórica es el único instrumento que hace posible la racionalidad jurídica porque, en primer lugar, la materialidad del derecho es el lenguaje de la ley, el lenguaje de los discursos en la triada procesal, y el lenguaje del saber jurídico. Si la materialidad del derecho es el discurso jurídico que tiene como mundo referencial al lenguaje de la ley y el discurso fáctico, entonces solo es posible la racionalidad jurídica desde la retórica, porque la retórica es el único método de trabajo pertinente al lenguaje.

La racionalidad jurídica solo es posible por la persuasión retórica, dado que la demostración es incapaz de mover a la acción del auditorio y esta condición es lo que caracteriza a la racionalidad jurídica procesal: mover a la acción del auditorio consiste en mover a la acción del juez, expresada en la sentencia, hacia el reconocimiento de las ideas del hablante.

La racionalidad jurídica es retórica y su validación también es retórica porque ella se expresa en la concordancia de lo creíble entre los discursos creadores del intérprete y los discursos sociales que se asumen como la identidad de la comunidad.

En suma, señalo que la argumentación que realice el juez debe ser de inicio legal, entendido primero como un conjunto de disposiciones jurídicas positivas y vigentes, en este punto, es importante retomar uno de los postulados del garantismo, en el sentido de que las técnicas de defensa de los sujetos frente al actuar del Estado radica en las expresiones que se realicen en un documento llamado Constitución, y si el juez al aplicar el modelo de la retórica como construcción del conocimiento debe ajustarse y usar al lenguaje discursivo de la Constitución para validar su sentencia. Entonces estaremos en el momento en que el intérprete o juez construye el sentido del derecho, por ende, mediante la construcción retórica de una racionalidad jurídica.

1.10. Conclusiones

De inicio tenemos que el objetivo específico de este capítulo lo fue especificar los alcances de la pretendida validez en la ciencia del derecho y en su aplicación o interpretación. Habiendo partido del análisis que las ciencias duras habían establecido

para las demás ciencias y de cómo se fue adaptando para las ciencias sociales un modelo de validez afín al objetivo que esta persigue.

En ese camino, se observaron diversas coincidencias y diferencias desde perspectivas ontológicas, epistemológicas y metodológicas, mismas que permitieron hacer una diferenciación para cada ámbito o contexto, pero teniendo siempre como fin último, determinar la validez de un conocimiento que se pueda llamar científico.

En este sentido, tenemos que el uso de la palabra adecuación presenta un contexto de comprensión de los significados de lo que entendemos por validez, es decir, como elementos estructurantes para que un cierto discurso sea aceptado, primero por una comunidad epistémica específica y luego por los usuarios del mismo.

Uno de esos elementos estructurantes lo es el tipo de razonamiento usado para justificar ese discurso, mediante el lenguaje se comprende de manera dialógica esta relación de completitud entre los modelos de adecuación de las ciencias duras y los modelos de adecuación de las ciencias formales o sociales.

Si esto lo analizamos de manera abducida al Derecho, tenemos que el tipo de razonamiento judicial en la aplicación o interpretación del derecho implica el cumplimiento de estos elementos de validez de un lenguaje científico, precisamente para que este tipo de lenguaje usado en la resolución de una controversia en o desde el Derecho tenga una legitimidad con esa cualidad que llamamos “científica”.

Por tal razón, la verificabilidad de las afirmaciones judiciales -las cuales dotan de legitimidad al conocimiento que se produce en ellas-, presenta cierta complejidad, ya que el principal problema estriba en donde sustentamos su validez. Si es en la norma o si, por el contrario, es en el discurso entre cierta comunidad epistémica que pone reglas a manera de un método que sólo explican la realidad natural y no la social. O si, por otra parte, tomamos los predicados de una norma general llamada constitución que ostenta una supuesta “convención” general de los sujetos —sobre los conceptos, valores y fines— que es lo que se debe tener como referente para ese discurso, o si puede radicar en la razonabilidad y razonamiento del juez al construir, desde su subjetividad, una verdad que convenza a los auditorios a los que va dirigida.

No obstante, la base de las objeciones hechas a los distintos tipos de conocimientos que se han legitimado estriba en que estamos inmersos en un mundo cambiante y que nuestra realidad social siempre es contingente. Entonces, la verificabilidad radica en la construcción de los sujetos de una realidad que sea aceptada por el tipo de auditorio a la que va dirigida de tal como que el conocimiento contingente producido sea aceptado por convención entre los sujetos mediante un proceso dialógico.

Es así que, el intérprete o aplicador del derecho, le da sentido y lo legitima, es decir, verifica que los hechos o actos sobre los que conoce se ajusten a una verdad convenida por un auditorio y que esa convención del conocimiento sirva de pauta para los demás sujetos de la comunidad judicial.

Sin embargo, de este análisis surgen distintos campos de cuestionamientos. Primero, una de oscuridad sobre los fines o uso de los distintos valores reconocidos primero en el interlocutor o entre los miembros de la comunidad científica y, segundo, entre los fines o valores en este orden normativo; puesto que como se verá, estos se demuestran mediante la existencia de expresiones verbales tales como los principios jurídicos.

Si esto es así, entonces no existe consenso en las delimitaciones conceptuales (ontológicas), metodológicas (epistemológicas) y valorativas (axiológicas) acerca de la validez de un determinado conocimiento que se considera construido social y dialógicamente por cierto tipo de interlocutores en la aplicación o interpretación del Derecho. Así, los distintos principios jurídicos usados en el lenguaje inmerso en este consenso muestran una diversificación de la comprensión de sus cualidades, es decir, se usan arbitrariamente, sin permitir distinguir, en términos de la precisión científica, los adecuados para justificar y demostrar la razonabilidad de sus razonamientos.

Así las cosas, tenemos que un criterio que auxilia en la conformación de esta taxonomía lo es el uso o modo en que es usado el lenguaje en esta actividad, por los operadores del derecho y que aporte elementos conformantes y de crítica a las futuras construcciones normativas.

En suma, a continuación, se describirán elementos que resumen posturas y conclusiones personales centrales en esta tesis.

Un primer elemento es que existe de manera conceptual u ontológica un ámbito en el que cierta comunidad científica expresa de manera coincidente este elemento, el cual se relaciona con que un cuerpo de conocimiento que se exprese debe presentar una integridad estructural “interna”. En nuestro objeto de estudio pudiera estar reflejado en la forma argumentativa de la construcción de una resolución judicial por un operador del derecho, es decir qué tipo de argumento se use y qué tipo de lenguaje se emplee en esa resolución pero siempre con referencia a un cuerpo de conocimiento, es decir a una postura jurídica dogmática.

Si bien este elemento implica un libre ejercicio por el operador de este tipo de lenguaje, puesto que estamos en la presencia de un elemento jurídico positivo permitido —la discrecionalidad—, empero, ello, la demostrabilidad en el uso de este elemento, abonaría al campo de la certeza y precisión en el conocimiento científico, ya que mostraría las relaciones fácticas, formales, simbólicas que se usan en esta actividad.

Un segundo elemento hace referencia a un elemento estructural “externo”, es decir, la transferibilidad o generalización del conocimiento construido; esta interpretación que se haga implicará a su vez la construcción del sentido de la norma de un orden jurídico predeterminado, y de cómo éste puede aplicarse a “otros casos” o a otro tipo de conocimiento, y a su vez si esta construcción a manera de resolución podrá aplicarse ya sea como una regla o como un principio jurídico en un orden normativo.

Esto sin dudas nos genera más preguntas que repuestas, puesto que el estatuto de la ciencia en términos de método nos ha marcado un camino a seguir en la deducción de un conocimiento. Tal como fue explicado en este capítulo, implicará un análisis por separado verificar la creación mediante este método de un tipo de conocimiento que genere determinados tipos de principios jurídicos a usarse en la ciencia jurídica, lo cual se ha hecho de manera intermitente tal como se demostrara en el siguiente capítulo.

Un tercer elemento hace referencia a la consistencia de la demostrabilidad del camino o proceso de investigación que ha recorrido el operador para llegar a la concreción de uno o varios postulados a manera de conclusión o resolución. La transparencia estructural que muestre el esquema teórico, conceptual, metodológico y axiológico abonará de manera significativa al campo de las características de un conocimiento científico.

Este paso es el que permitirá lograr la comprensión del sentido de una norma en yuxtaposición de una controversia jurídica factual, mostrando las relaciones o conexiones de hechos y formas o circunstancias, exponiendo todas las intenciones de los protagonistas que condicionan una acción o conducta, sean conceptos o hechos fácticos, lo que en el siguiente capítulo permitirá empezar a distinguir el uso de los medios con que una conducta humana logra determinado fin o valor.

Un cuarto elemento tiene que ver con la confirmabilidad en el uso del elemento anterior, es decir, en la verificación objetiva del lenguaje y del discurso que se maneja dentro de un cuerpo de conocimiento particular sobre un objeto de estudios contextual; esto a su vez traerá consigo dos cosas: la demostración de la neutralidad del operador, ya que si hacemos referencia a un ámbito de conocimiento de las ciencias formales en donde el mencionado aspecto de las investigaciones cualitativas realzan la conciencia de las subjetividades del operador, ésta es la manera de controlarlas y comprenderlas; y dos, logra la objetividad de este tipo de construcción del conocimiento.

Sin embargo, estos elementos han traído ciertos referentes empíricos que se resaltan en la realidad factual de los operadores del derecho. El primero y más importante es el libre uso de la conveniencia en la elección de que conceptos, metodología y axiología a usar, ya sea de manera arbitraria o de manera discrecional en la aplicación o interpretación del derecho, un ejemplo de ello como se verá radica en el uso impreciso sobre los principios jurídicos en nuestro sistema jurídico.

A pesar de ello, existen las ventajas que este referente racional trae consigo, implica lograr una identidad y coherencia en el conocimiento que se precie de ser científico, puesto que permite justificar nuevas realidades factuales que las estructuras formales de un sistema de normas jurídicas no prevén o prevé de manera confusa, siempre teniendo en cuenta que un operador del derecho como lo es el juez será el legitimado para usarlo.

Por ello, la racionalidad judicial científica que reúna estos cuatro elementos podrá construir una verdad en el Derecho para que sea consensada por otros operadores y que logre como objetivo fundamental perseguir determinada axiología.

Por consiguiente, la eficacia retórica del juez como constructor social, radicará en establecer una verdad dialógica, justificando mediante cierta técnica argumentativa una verdad que *prima facie*, ¿fue consensada y previamente construida racionalmente,

primero, mediante la estructuración de un sistema normativo? y, segundo, ¿podría consistir en una construcción de principios de validez en la aplicación o interpretación del derecho para llegar a ese sistema normativo?

CAPITULO II

DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

En la aplicación del derecho un aspecto sustancial es el contenido normativo que se usa en el tipo de razonamiento justificativo bajo los criterios de validez apuntados. La simple subsunción resulta insuficiente ante la verificabilidad de los núcleos sustanciales ante la aplicación simultánea de derechos individuales frente a derechos colectivos.

De inicio, un aspecto esencial en la determinación de ese elemento normativo es el aspecto cognitivo de la comprensión que se tenga del Derecho por parte del sujeto aplicador o intérprete del mismo. En este punto la dialéctica, primero, entre la comprensión y el sentido de ese contenido normativo para plasmarse en un tipo de razonamiento y segundo, la significación de esa determinación de sentido en un sistema jurídico y, además, frente a diversos modelos sociales.

Como es de observar, en este contexto aparecen diversas circunstancias a analizar. La principal, consiste en que la operación de racionalidad, si la validez de ese modelo implica la actividad racional justificadora argumentativa, el lenguaje usado por el operador implica una relación necesaria con la funcionalidad del Derecho.

En otras palabras, ese lenguaje usado está plagado de términos, palabras u oraciones que se han usado sin rigor científico, entre ellos los principios jurídicos, y ese uso presenta ciertas peculiaridades que ameritan su análisis y crítica.

De inicio lo que debemos de entender por principios jurídicos son aquellas normas obtenidas mediante el proceso de creación lógico-formal-abstracto legado por los griegos. Solo los principios que han sido creados de esta forma deben ser considerados como los verdaderos principios jurídicos. De ello, que se hacen necesarias al menos dos consideraciones generales:

Primero, ante un escenario que implica la solución de una controversia bajo el contenido normativo dado por un determinado sistema jurídico que ofrece reglas y principios, conlleva la reflexión sobre el rol dentro del tipo de razonamiento argumentativo que juegan los principios jurídicos, puesto que un desafío inmediato sobre el cual no se ha abundado, expone el problema sobre la conceptualización normativa y su correspondiente fundamentación, la legitimidad, la taxonomía o las plausibles interpretaciones de los principios jurídicos; por otro lado, la metodología de su aplicación

en aras de lograr la concretización de valores o fines esenciales de un individuo y del propio Estado.

Ante ello, la dogmática jurídica, ha jugado un papel fundamental, al permitir mostrar elementos o características que permitan comprender el sentido de los principios jurídicos en relación a su funcionalidad en un sistema jurídico determinado.

Parte de ese problema radica en poner en contacto idea y realidad. El Derecho propone garantizar, por un lado, la imposición de expectativas de comportamiento estatalmente sancionadas a manera de normas y reglas y, por tanto, obtener *prima facie* la seguridad jurídica; por otro lado, los procedimientos racionales de producción y aplicación del derecho prometen la legitimidad de las expectativas de comportamiento estabilizadas de esa forma: las normas establecidas en un primer momento a manera de principios jurídicos “merecen” obediencia y en todo momento deben poder ser seguidas también por respeto a la ley. En el plano de la práctica de las decisiones judiciales, ambas garantías han de poder desempeñarse de modo simultáneo.

Segundo, en la aplicación del derecho en una controversia de naturaleza jurídica ha de tomarse y justificarse una decisión, en ese contexto se usan disposiciones jurídicas con origen y jerarquía diversa, ya sea a manera de reglas o principios jurídicos que permiten ostentar la subjetividad del intérprete, en palabras de Habermas:

“...En la aplicación del derecho ha menester de una fundamentación a partir de principios, puede aparecer como una socavación o conmoción, e incluso como una corrupción de la arquitectónica constitucional. Vista desde la tesis positivista de la separación la materialización del derecho trae consigo una remoralización en la medida en que la argumentación jurídica ha de abrirse a argumentos concernientes a principios morales y a argumentos concernientes a objetivos políticos que relajan la vinculación lineal de la justicia a lo previamente establecido por el legislador político. Las normas concernientes a principios, que ahora embeben todo el orden jurídico, exigen una interpretación constructiva del caso particular, referida al sistema de reglas en conjunto, y muy sensible al contexto.”⁶⁸

⁶⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6a edición, Trotta, Madrid, 2010, p. 319.

En la realidad estos fallos han justificado su forma sustentándose en la oportuna y emblemática “constitución”, permitiendo que modelos actuales⁶⁹ estén argumentando la fundamentación de un Estado con énfasis en una denominación “constitucional de derecho” con ciertos valores fundamentales o esenciales de operación citados en este mismo instrumento positivo, así como la promoción de diversos fines con tamiz individualista o colectivista.

Es decir, se parte de una premisa en la aplicación del Derecho, la inclinación por el uso justificativo de principios jurídicos en lugar de las reglas jurídicas que están ubicados en un instrumento que legitima y justifica su uso: la constitución. Esto ha traído lo que más adelante se describirá como un Estado principialista.

Sin embargo, estos usos judiciales han proliferado en un exceso de justificaciones principialistas, que poco o nada abonan al campo de la científicidad del razonamiento jurídico; ello, primero, al describirse una palabra u oración que se auto proclama “principio jurídico”, abstracción hecha por el legislador o por la propia dogmática jurídica que denotan problemas de conceptualización, ya que desde instrumentos como la propia constitución sólo los enuncia, dejando al aplicador o intérprete del derecho el libre uso que se considera de manera indiscriminada en las respectivas decisiones, derivando en que las definiciones operativas de esos principios jurídicos sea una tarea propia y exclusiva del operador del derecho que los esté aplicando, los cuales, se han atrevido a definir —desde su trinchera— esos principios. Generando con ello incertidumbre jurídica al presentar una variabilidad en los criterios que se formulan en sus resoluciones, además de poca o escasa claridad conceptual y un sin número de interpretaciones con y de los principios jurídicos.

Por ello, el objetivo específico de este capítulo es comprender el sentido de los principios jurídicos en la aplicación del derecho.

La búsqueda de este sentido de los principios jurídicos se realiza mediante la búsqueda de un ideal de determinación absoluta del contenido de las normas jurídicas, más

⁶⁹ Modelos tales como el neo constitucionalismo, el garantismo, y sobre todo lo que se ha llamado el estado constitucional de bienestar, el cual proclama como fines esenciales la solidaridad.

comprensiva y que en específico en el capítulo final de este trabajo se especificará los alcances tanto para los sujetos aplicadores del derecho como para el propio Estado.

La perspectiva desde la cual se realizará este examen es desde la jurídico-dogmática, es decir, se investigan los principios jurídicos desde un determinado sistema jurídico con la finalidad de responder a la siguiente pregunta ¿Cuál es el sentido de los principios jurídicos en el sistema jurídico mexicano? Por ello, es necesario analizar los elementos que los conforman, su significación, su fundamentación, su taxonomía y sus relaciones entre sí.

En un Estado de derecho regido por ciertos fines establecidos en una constitución y bajo un gobierno del Derecho en el cual se sustenta la sujeción a reglas generales, más o menos claras y uno de cuyos fines propone guiar adecuadamente el comportamiento del ser humano y del Estado y poder dar motivos para la acción, son, en suma: generales, públicas, no retroactivas, coherentes, comprensibles, estables, susceptibles de ser cumplidas y aplicadas congruentemente.

Cuando se aplica el derecho por parte de algún operador se tiene ante sí un complejo escenario. De inicio se encuentra compuesto por un cuerpo de “reglas, principios y normas”, mismas que se encuentran situadas en un contexto de origen internacional o de jus Gentium, o de origen nacional, ya sea a nivel general, federal, estatal o municipal. Y dentro de este repertorio de normas las que se han denominado de los Derechos Humanos o Fundamentales.

Este tipo de sistema jurídico presenta ciertas antinomias en su aplicación y en su interpretación, dado un contexto demasiado general en el planteamiento de normas y su repentina confusión entre reglas y principios dado en función de su ubicación en la jerarquía normativa de dicho sistema, y ello enfatiza la complejidad que se da derivado de las relaciones interpersonales en un grupo social cada vez más global y plural, tal como lo sostiene Daniel Mendonca cuando dice:

“Se afirma, en efecto, que la ampliación del catálogo se ha producido por tres causas interdependientes: en primer lugar, porque ha ido aumentando la cantidad de bienes considerados merecedores de ser tutelados; en segundo lugar, porque ha sido ampliada la titularidad de algunos típicos derechos a sujetos distintos del hombre; y en tercer lugar, porque el hombre mismo no ha sido ya considerado como ente genérico, u hombre en

abstracto, sino que ha sido visto en la especificidad o en la concreción de sus diversas maneras de estar en la sociedad, como menor, como anciano, como enfermo, como trabajador, etcétera. Es decir, más bienes, más sujetos, más condiciones.”⁷⁰

Pues bien, estos conjuntos de reglas, principios y normas contienen derechos que marcan una esfera de contenidos que pueden ser objeto de decisión por parte de una autoridad o poder, ante ello, todo el Derecho no solo el Derecho que “es”, sino el que jurídicamente “debe ser”, está, en definitiva, en constante construcción por los seres humanos, es decir, sobre su contenido de aplicación.

Aunado a este escenario, desde la perspectiva crítica se tiene que estas normas están encuadradas dentro de un marco que se ha llamado “Estado de Derecho”, cuyas directrices se enmarcan en un instrumento, generalmente una constitución y por diversos instrumentos internacionales como lo son los tratados.

Además, mediante la interpretación de las reglas o principios aplicables en ese Estado de Derecho, se dota de coherencia y legitimidad a un sistema jurídico, al ser esas decisiones, concretizadoras de los ideales establecidos en una constitución.

Si esto es así, se puede suponer que la retroalimentación del Derecho es cíclica, puesto que, al aplicar el derecho a situaciones controvertidas dentro del conglomerado social, éste se nutre, a efecto de que las diferencias o resultados anómalos que se tengan de esas interpretaciones las tome en cuenta un legislador racional que modifique o cree nuevo derecho.

Sin embargo, existen problemáticas atendidas, algunas, por la dogmática jurídica y otros no, que ponen en ciertos cuestionamientos la coherencia de este modelo racional.

En suma, uno de estos cuestionamientos está inmerso en el punto referente a la actividad creadora del aplicador del derecho⁷¹. En esa actividad de aplicar el derecho, usando reglas y principios, se rebasan los lineamientos esenciales establecidos en la constitución sobre la separación de poderes, es decir, no hay claridad entre los límites sobre la

⁷⁰ Mendonca, Daniel. *Los derechos en juego: conflicto y balance de derechos*, editorial Tecnos, Madrid, España, 2003, p. 40.

⁷¹ En este punto se hace la acotación de la oración usada sobre la creación del derecho, señalando que se hace en referencia a lo que el realismo jurídico norteamericano verifica como la concepción dinámica del derecho y éste con un carácter instrumental ante una concepción dinámica de la sociedad.

interpretación del derecho y la creación del derecho por el legislador en función de una ineficiencia entre las reglas jurídicas positivas y los factores reales.

Por otro lado, no existe claridad sobre la objetividad del aplicador del derecho. Las resoluciones o fallos emitidos deben resolver una controversia; sin embargo, ¿hasta qué punto se puede comprobar la existencia de una moral subjetiva en las premisas usadas por ese aplicador en una decisión?

Si existe la tendencia a usar un tipo de razonamiento científico con ciertas características como lo son la presencia de elementos justificatorios que aportan criterios de una racionalidad bajo los estándares de validez descritos en el capítulo anterior, esto trae como consecuencia que este aplicador pueda “usar” los principios jurídicos con una función de comodín que permita dar coherencia a su decisión.

Han existido distintas formas de explicación y descripción de esta actividad, sin embargo, en este capítulo se pretende analizar el discurso jurídico sobre el uso de lo que se llama principios jurídicos en la determinación del Derecho en las decisiones de justicia⁷².

En suma, todo lo anterior conduce necesariamente a demostrar la existencia de un sentido y comprensión de las normas jurídicas que están formulada a manera de principios jurídicos que permiten identificar un tipo de razonabilidad dentro de un sistema jurídico en especial de un Estado Constitucional de Derecho y, por ende, encontrar elementos comunes en la construcción de un discurso racional en esas decisiones de justicia, o dicho en otras palabras, especificar un tipo de razonamiento válido mediante la construcción racional en el uso de reglas y principios jurídico de un ordenamiento jurídico, que permita el logro de fines tanto individuales como sociales en un agrupamiento humano global.

Por comprensión se entiende como la clasificación de todas las cosas coherentemente pensables y a las que el término se aplique correctamente, donde por “coherentemente pensable” se entiende todo aquello cuya aserción de existencia no implique, explícita o implícitamente, una contradicción.⁷³

⁷² Así denomina Jerzy Wróblewski a la actividad que realizan los jueces en la determinación y aplicación del Derecho en la solución de los casos que resultan controversiales y les son sometidos para su decisión. Cfr. Wróblewski, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*, FONTAMARA, México, 2008.

⁷³ Abbagnano, Nicola. *Diccionario de Filosofía*, 2ª edición, FCE, México, 1974, p. 186.

En la lógica se entiende por comprensión el conjunto de caracteres (propiedades, atribuciones, determinaciones, etc.) que pertenecen a un concepto y/o que lo definen.⁷⁴

La comprensión, como proceso cognitivo individual implica esa facultad de razonamiento, de igual forma, se entiende como un proceso dialógico entre el aplicador del derecho, el o los individuos inmersos en una controversia de índole jurídico, que además tiene efectos en algunos fines de la ciencia jurídica: la justicia, la seguridad, la igualdad, entre otros; mediante un ejercicio de crítica y análisis del razonamiento jurídico que fundamenta y justifica esas decisiones.

Así, Max Weber aporta los elementos necesarios para fundamentar esta idea, puesto que, para él

“Lo comprensible es, pues, su referencia a la acción humana, ya como medio, ya como el fin imaginado por el actor o actores y que orientan su acción. Sólo mediante estas categorías tiene lugar una comprensión de semejantes objetos.

Comprensión equivale en todos estos casos a: captación interpretativa del sentido o conexión de sentido:

- a) Construido científicamente (por el método tipológico) para la elaboración del tipo ideal de un fenómeno frecuente. Estos exponen como se desarrollaría una forma especial de conducta humana, si lo hiciera con todo rigor con arreglo al fin, sin perturbación alguna de errores y afectos y de estar orientada de un modo unívoco por un solo fin.”⁷⁵

Como se observa, la comprensión puede implicar dos procesos: el primero de ellos referido al aplicador del derecho como individuo, en cuanto conducta humana, que inmersa entre la consecución de fines usan determinados medios para cumplirlos, lo que genera una acción humana, la cual se puede comprender.

Y, por otro lado, la comprensión del contenido normativo de un sistema jurídico que presenta reglas y principios jurídicos para interpretar o justificar una norma jurídica y ello implica una determinación conceptual del *sentido* entre medios y fines para una acción

⁷⁴ Greimas A. J. y Courtes J. *Semiótica. Diccionario razonado de la teoría del lenguaje*, editorial Gredos, Madrid, 1982, p. 71.

⁷⁵ Weber, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, edición preparada por Johannes Winckelmann, FCE, México, 1992, p. 8 y 9.

derivada de una conducta humana y su respectiva coincidencia con esas reglas y principios jurídicos.

Este segundo proceso presupone el objeto de este capítulo, por ello es necesario conocer las características o propiedades de esos conceptos que llamamos principios jurídicos.

Entonces, comprender el sentido de los principios jurídicos implica conocer los elementos o características que los conforman, verificando los medios por los que se fundamentan, se crean, se expresan y se usan en un razonamiento y los fines que se pretenden seguir, y establecer un proceso dialógico con los medios y los fines de las acciones humanas en la decisión judicial.

Se entiende por sentido como la capacidad de juzgar en general. Con este significado se usa la palabra en las siguientes expresiones: buen sentido que Descartes considera como sinónimo de razón y define como la “facultad de juzgar bien y distinguir entre lo verdadero y lo falso”.⁷⁶

Además, este término, está referido a la fundamentación de la actividad humana en cuanto a intencionalidad⁷⁷, en otras palabras, el análisis del fin de una conducta humana y su adecuación al fin de una norma.

Por otra parte, el diccionario jurídico OMEBA define el sentido jurídico de la siguiente manera:

Es el conglomerado de valores organizados en determinada dirección y en función temporal que garantiza la unidad del acontecer humano. Es en la relación jurídica, la superior dirección del comportamiento orientada a la comunicación y al plexo de valores que preside la justicia. Es un complejo de valoraciones concretas emergentes de una situación de Derecho.⁷⁸

Entonces, el sentido se estructura desde la determinación de la finalidad, en este caso de un concepto, de un vocablo y, si se toma la perspectiva de la conducta humana, desde los valores inmersos en esos fines. Fines y valores están en correspondencia para la determinación del sentido de una construcción, conceptual, definitoria o argumentativa y

⁷⁶ Abbagnano, Nicola. *Diccionario de Filosofía*, 2ª edición, FCE, México, 1974, p. 1039.

⁷⁷ Greimas A. J. y Courtes J. *Semiótica. Diccionario razonado de la teoría del lenguaje*, editorial Gredos, Madrid, 1982, p. 372.

⁷⁸ *Enciclopedia jurídica OMEBA*, tomo II, editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, p. 390 y 392.

de sus respectivos consensos. Entonces también se puede entender como el camino ético que pueda y siga una intencionalidad externada en este caso por un intérprete del derecho.

Si el sentido depende del concepto a utilizar, entonces es el lenguaje que usa esos conceptos el que explica cómo se estructuran, por ende, los elementos del lenguaje conformados, primero, por el significante gráfico o fonético que identifica a la lengua usada y, por el otro, de mayor importancia al significado, siendo lo que el significante nombra, es el objeto que se evoca. Si esto es así, la significación o sentido de un objeto es la relación entre el significante y el significado, es la forma en que el aplicador del derecho identifica como principios a las palabras o enunciados dentro de un sistema jurídico, y por medio del lenguaje, expresa las justificaciones de su interpretación en un determinado caso que resuelve.

El sentido depende de la aplicabilidad al objeto de estudio, es una extensión del concepto al cual se aplica, de ahí que si tenemos un tipo de razonamiento jurídico científico cuyas características se han establecido en que debe reunir ciertos elementos de validez, y además resulta convencional, el sentido jurídico estará en relación a la pretensión del cumplimiento de los fines justificatorios que persigue el intérprete.

El sentido de los principios jurídicos estará en función de los fines que persigue, y para lograr ello es necesario realizar un análisis del estado actual del desarrollo discursivo de las posturas o formas que han expresado el sentido de los principios jurídicos en un sistema.

Entonces, el sentido de los principios jurídicos, para los efectos de este trabajo se va a entender como el resultado del proceso racional que atiende a las distinciones definitorias del concepto, desde la conducta humana con valores que determinan cierta intencionalidad o fines, hasta un sistema jurídico determinado, y que es expresado por medio de un lenguaje que justifica una decisión jurídica.

En suma, el sentido en los términos que aquí se está usando está en función del objeto al cual se aplica, es decir el sentido que el intérprete o aplicador del derecho busque, el sentido del sistema jurídico como tal, el sentido de la norma, el sentido de un principio jurídico, el sentido de una conducta, el sentido de una controversia jurídica. Como se

observa, el aplicador del derecho tendrá que comprender todos estos sentidos y plasmarlos en una decisión.

En particular, en lo que se refiere al concepto de “principio jurídico” se coincide con Wróblewski⁷⁹, en afirmar que este término es usado en la práctica judicial y en la propia ciencia del derecho. En esta tesitura, este uso reiterado ha generado sus propias formas de manifestarse en la expresión de la razón práctica de la aplicación del derecho.

2.1. Normas y principios

Es necesario clarificar la discusión que se sustenta en algunos campos de la dogmática jurídica, consistente en determinar si los principios jurídicos son normas o no. Siguiendo a Riccardo Guastini⁸⁰, quien hace una distinción clarificadora sobre lo que implica una norma y cómo se puede comprender en la aplicación del derecho por alguno de sus operadores, el vocablo *norma* se ha usado en referencia tanto a los enunciados que se encuentran en las distintas fuentes del derecho, como a su significado.

A veces, se llama normas a los significados —los contenidos de sentido— de tales enunciados. La verdad es que, con frecuencia, *norma* se usa para denotar confusamente tanto el enunciado como el significado, como si las cosas fuesen indistinguibles. Este modo de expresarse presupone una teoría ingenuamente congnotivista de la interpretación.

No obstante, hay que distinguir cuidadosamente las dos cosas —el enunciado y el significado—, por tal razón, convenimos en adoptar dos términos distintos.

- (i) Llamaremos *disposición* a todo enunciado normativo contenido en una fuente de derecho;
- (ii) Llamaremos *norma* no al enunciado en sí, sino a su contenido de significado.

El mismo Guastini en una obra anterior⁸¹, detectó ciertas conformaciones acerca de las distintas taxonomías observadas en el uso de los principios jurídicos.

⁷⁹ Wróblewski, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*, FONTAMARA, México, 2008, p. 205.

⁸⁰ Guastini, Riccardo. *Interpretar y argumentar*, Silvina Álvarez Medina (trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 77.

⁸¹ Guastini, Riccardo. *Distinguiendo estudios de teoría y meta teoría del derecho*, Jordi Ferrer I Beltrán (Trad.), Gedisa, España 1999, pp. 143 y 144.

Señalaba que una primera distinción puede ser entendida en sentido fuerte: los principios no son normas, son algo distinto de las normas. Al menos resulta evidente que en un sentido, también los principios son normas, si por “norma” se entendía conforme al uso común como cualquier enunciado dirigido a guiar el comportamiento.

En segundo lugar, la distinción entre normas y principios puede ser entendida en un sentido débil: los principios no son más que normas, pero una especie particular dentro del género de las normas; entonces la distinción entre normas y principios tiene una connotación ideológica, que puede ser supeditada a finalidades exquisitamente políticas, circunstancia que se aclarará más adelante.

Como se observa, el uso que en adelante se le dará al vocablo norma, consistirá en el resultado del proceso de interpretación en la aplicación del derecho, siendo este derecho un conjunto de disposiciones jurídicas, el cual está conformado por el enunciado (positivo o no) de una fuente del derecho.

Por ende, cuando se hable de los principios jurídicos, éstos pueden ser y estar establecidos en disposiciones jurídicas (postulados, reglas) o ser propiamente *normas* que hayan surgido como resultado del razonamiento científico de dicho aplicador.

Esta múltiple significación de sentidos de los principios jurídicos *prima facie* no ayuda a la comprensión de su sentido. Puesto que nos presenta el problema de si los principios jurídicos para ser válidos dentro de un sistema jurídico deben estar dentro de él o surgir de ese sistema, o si no pertenecen al mismo.

La dogmática jurídica ha establecido diversos caminos que pretenden dotar de explicación a la justificada solución acerca de este problema. Para analizar esta cuestión se habrá que partir de la clasificación de los principios jurídicos.

Sin hacer intento de definición sobre los principios jurídicos, se parte en este momento de que los principios jurídicos son normas que establecen pautas de conducta general, y que la diferencia —como se verá a continuación— radica primero, en su forma de creación, puesto que éstos son los verdaderos principios jurídicos, y además radican sus diferencias de acuerdo a su función, a su contenido, a su ubicación —constitución— y de acuerdo a quien los expide.

Dice al respecto Guillermo Pacheco Pulido: “no hay definición de la palabra principio y cada uno de nosotros puede tener su propia definición o concepción, pero si partiendo de la idea gramatical, de que un principio es el origen de lo que se habla, piensa, hace o comenta siempre dentro de la razón”.⁸²

Por ello la necesidad de verificar la existencia de principios jurídicos y su taxonomía, para verificar la coherencia estructural en su uso dentro de la argumentación jurídica y sobre todo, dentro de un modelo de Estado constitucional de derecho.

2.2. Clasificación de los principios en el Derecho

De lo anterior podemos inferir que el uso de los principios tiene distintas aristas, si partimos del análisis de la postura defendida por Jerzy Wróblewski⁸³, puesto que se ha considerado que es el autor que presenta una taxonomía integral para los efectos de este trabajo.

Sin embargo, es pertinente hacer notar el criterio utilizado en su clasificación, el cual consiste en la referencia de los principios jurídicos —que utiliza como sinónimo de principios de derecho— a un determinado sistema, en este caso, se puede entender de un sistema jurídico formalizado e institucional. Ya que se parte de la premisa del decisionismo judicial y del lenguaje usado en esa actividad racional dentro de ese sistema jurídico.

Así, ha señalado que se pueden enumerar los tipos de principios del derecho en la lengua jurídica como:

1. PJD. Principio positivo del derecho, a saber, la norma explícitamente formulada en el texto jurídico, es decir, una disposición legal o construida con elementos contenidos en esas disposiciones.
2. PJI. Principio implícito del derecho, a saber, una regla que es considerada premisa o consecuencia de disposiciones legales o normas.
3. PJE. Principio extra sistémico del derecho, es decir, una regla que no es considerada ni PJD ni PJI.

⁸² Pacheco Pulido, Guillermo. *Principios jurídicos*, Porrúa, 2016, p. 3.

⁸³ Wróblewski, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*, FONTAMARA, México, 2008, p. 206.

4. **PJN.** Principio nombre del derecho, a saber, un nombre que caracteriza los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas.
5. **PJC.** Principio construcción del derecho, a saber, construcción del legislador racional o perfecto presupuesto en la interpretación jurídica.

De esta enumeración se puede destacar que cada tipo de principio jurídico atiende al carácter funcional dentro de un sistema jurídico, se muestra entonces a continuación una tabla que permite visualizar esta circunstancia:

DENOMINACIÓN DEL PRINCIPIO JURÍDICO	DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO
PJD PRINCIPIO JURÍDICO DE DERECHO	Son los contenidos en disposiciones jurídicas. Origen nacional e internacional Constitucionales
PJI PRINCIPIO JURÍDICO IMPLÍCITO DE DERECHO	De origen en la dogmática jurídica. Postulados Normativos
PJE PRINCIPIO JURÍDICO EXTRA SISTÉMICO	Principios morales o axiológicos con referencia a disposiciones jurídicas.
PJN PRINCIPIO JURÍDICO NOMBRE	De origen en la dogmática jurídica
PJC PRINCIPIO JURÍDICO CONSTRUIDO	De origen en la dogmática jurídica y con relación a los primeros principios. Principios del derecho.

De esta tipología que propone el autor, se deben hacer las siguientes referencias y aclaraciones, todo principio jurídico o relacionado con el derecho es coincidente en realizar las siguientes características.

Primero: Realizan “cierta” función dentro de un sistema o modelo jurídico a efecto de concretar ciertos fines.

Al respecto tomando como referencia a Luis Castro Nogueira⁸⁴, quien ofrece una aclaración terminológica sobre funcionalidad y teleológica, se tiene que:

Función y finalidad no son la misma cosa, aunque en ciertas condiciones se puede coincidir. Por ejemplo, la finalidad puede entenderse como intrínseca a la naturaleza de aquello que se está explicando... no era, pues, algo necesariamente consciente o planificado, sino un movimiento natural del hombre. En otros casos, la finalidad se nos manifiesta como algo circunstancial o temporal, externo y no inmanente.

Función y fin son nociones que se aproximan cuando ambas pueden ser abordadas desde la idea de proyecto. Si dada una realidad determinada, puede predicársele una función como propia y esa función puede ser explicada como el resultado de un diseño o proyecto, entonces, las nociones de función y fin coinciden plenamente⁸⁵.

De esta manera se tiene entonces que la función que pueden representar los principios jurídicos en un determinado sistema o modelo jurídico implica comprender la naturaleza o el núcleo de esa naturaleza que se está explicando, en términos de los jus naturalistas como algo intrínseco si se toma como referencia el sujeto, o de manera circunstancial se lo entendemos en términos jus positivistas.

De ello, el punto de referencia común de Wróblewski es la norma contenida en una disposición jurídica.

Sin embargo, toda explicación funcional —parafraseando a Nogueira— de al menos tres condiciones:

- a) Establecer la función F (principios jurídicos), realizada por X (aplicador o intérprete del derecho), su fin o su contribución que ha de ser esencial para explicar X (la aplicación o interpretación del derecho);
- b) Determinar un conjunto, entidad, organismo o sistema S (Normas), en cuyo seno X (aplicador o intérprete del derecho) realice la función F (principios jurídicos), que ha de ser esencial o necesaria para S (Normas).

⁸⁴ Castro Nogueira, Luis, et al. *Metodología de las ciencias sociales: Una introducción crítica*, 3ª edición, Editorial Tecnos, España, 2015, p. 179.

⁸⁵ Ídem.

- c) Fijar cierto principio o relación en virtud del cual podamos afirmar que X (aplicador o intérprete del derecho) existe en virtud de su contribución o función en S (Normas), es decir, un principio que permita establecer la relación causal entre la existencia del fenómeno X (aplicador o intérprete del derecho) y su función F (principios jurídicos).

Es el intérprete aplicador del derecho quien determina la funcionalidad inmanente y temporal de los principios jurídicos de un contenido normativo en un campo de acción específico, concretiza el estado ideal de cosas buscado y da cuenta del estado de los principios jurídicos en el Derecho.

Segundo: todos proponen al menos un fin último o mediato y en algunos casos sus medios para lograrlo.

Tercero: Para su concreción se necesita de una herramienta que se ha denominado ponderación o criterio de proporcionalidad. Es decir, metodológicamente es la forma de mostrar la justificación de una decisión interpretativa en la aplicación del derecho.

Cuarto: Se establece como fundamental la distinción entre las reglas jurídicas y lo que se entiende por principio jurídico.

Quinto: La decisión de un intérprete u operador del derecho es la forma final de concreción necesaria de un principio jurídico a una realidad fáctica específica. La dogmática, lejos de resolver el problema de la claridad sobre los principios jurídicos, ha generado un mundo que ha generado un caos impune en la comprensión de los principios jurídicos.

Ante ese escenario, se propone, a efecto de verificar el distinto uso que se le ha dado a los principios jurídicos, partir de la taxonomía propuesta por Wróblewski, y verificar la adaptación al sistema o modelo mexicano, para especificar cuáles son los verdaderos principios jurídicos y del caos dogmático existente, se parte pues del criterio funcional descrito de un principio en el sistema jurídico mexicano.

2.3. De los principios positivos del derecho

El principio positivo del derecho es el que se encuentra establecido en alguna disposición jurídica positiva⁸⁶, derivado de un proceso de creación de una ley o disposición jurídica de acuerdo a ciertos estándares legítimos establecidos por una sociedad determinada y generalmente establecidos en una constitución, es decir, de acuerdo al proceso formal de creación de una ley.

En otras palabras, todo enunciado legal que este positivizado y que aparezca en un texto legal a manera enunciativa de “principio” está dentro de esta clasificación, ejemplos en la constitución se pueden observar diseminados dentro de su articulado como en las leyes generales, federales, estatales municipales de cualquier materia.

Por otro lado, esta tipología es coincidente con lo que la dogmática ha llamado denominado jus positivismo, o positivismo jurídico, de ahí que a continuación se analicen algunas de las principales propuestas sobre los principios jurídicos inmersos en autores representativos de estos modelos de pensamiento.

De inicio Robert Alexy señala conceptualmente que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser solo o cumplidas, o incumplidas⁸⁷.

En relación a la forma de resolver los conflictos entre principios y normas, Alexy plantea lo siguiente: Los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. La referencia a las posibilidades fácticas lleva a los bien conocidos principios de adecuación y necesidad. La referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o

⁸⁶ Es claro el ejemplo que se puede señalar al respecto, cuando se habla del principio de legalidad establecido en el artículo 14 constitucional

⁸⁷ Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*, 3a edición, FONTAMARA, número 30, México, 2006, pp. 13 y 14.

de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.⁸⁸

Mientras que en un conflicto entre reglas estas son aplicables a manera de todo o nada, y sin que se establezca una excepción para una u otra. Al menos una debe ser inválida.

Y, por último, se resalta una idea de Alexy que esboza débilmente, y que señala como uno de sus fundamentos para desarrollar la teoría de la argumentación jurídica, que ante un conflicto de principios debe de estarse a los intereses o derechos del individuo que ante los de la colectividad. En efecto afirma que:

“Un discurso es una empresa colectiva. Sin embargo, la teoría del discurso no expresa, en absoluto, ningún ideal colectivista. Que los individuos tengan que discutir unos con otros para ser racionales es una expresión del ideal de que todas y cada una de las personas deben ser tomadas en serio. Lo que es verdad en los argumentos racionales acerca de cuestiones jurídicas o políticas tiene implicaciones para las respuestas que se den a tales cuestiones. Mi tesis es que el resultado de un discurso racional sería un sistema de derechos fundamentales que incluya una preferencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los derechos colectivos”⁸⁹.

Lo anterior, metodológicamente se logra, en términos de Alexy⁹⁰, mediante una escala tríadica, ya que, si se puede acreditar mediante investigaciones empíricas que hasta cierto punto lo que está en juego es un gran peligro para la vida, no es difícil efectuar una ordenación en el antes mencionado ámbito de la importancia y fundamentarlo en hechos cuantificables.

Sin embargo, esto no podría extrapolarse a otros ámbitos, en los cuales los factores cuantificables como los costes y las probabilidades no jueguen ningún papel o su papel no sea tan relevante. Frente a otras alternativas, la escala tríadica ofrece la ventaja de que ella refleja especialmente bien la práctica de la argumentación jurídica, los tres rangos pueden designarse con las expresiones *leve*, *medio* y *grave*.

⁸⁸ *Ibidem* p. 19.

⁸⁹ *ibidem* p. 40.

⁹⁰ Alexy, Robert. “La fórmula del peso”, en *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, Miguel Carbonell (Coordinador), Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2008, p. 15.

Al respecto, el primer elemento que determina el peso de los principios en esta escala tríadica, estriba en la necesidad de que los mismos estén en la constitución. No se trata de la comparabilidad directa de cualquier objeto, sino de la comparabilidad de su significado para la Constitución, lo cual conduce indirectamente a su comparabilidad. El primero es el punto de vista común: el punto de vista de la Constitución. Desde luego es discutible qué puede valer desde este punto de vista.

El segundo elemento que posibilita la conmensurabilidad es una escala, construida artificialmente como siempre, que establezca los grados para la valoración de las pérdidas y las ganancias desde el punto de vista de los derechos fundamentales. La escala tríadica “l, m y g” es un ejemplo de este tipo de escala. Su utilización desde el punto de vista común de la Constitución es también un factor que produce conmensurabilidad.

Desde este trasfondo puede formularse una ley epistémica de la ponderación, en paralelo a la antes enunciada ley de la ponderación. Esta nueva ley señala lo siguiente:

Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención.

Esto ocurre, por ejemplo, cuando un principio tiene como objeto bienes colectivos, y otro, derechos individuales. Sin embargo, aquí debe hacerse una advertencia. En consideración de las relaciones complejas entre los derechos individuales y los bienes colectivos siempre debe tenerse en cuenta la posibilidad de que exista una redundancia sustancial entre ellos. El mero hecho de que sean, por una parte, derechos individuales y, por otra, bienes colectivos, los que entran en relación, no es por sí misma una garantía de heterogeneidad.

La cosa sería simple si la heterogeneidad fuese un asunto de todo o nada. Con todo, éste no es el caso. Los principios pueden intersecarse substancialmente, más o menos. Sin embargo, ello no constituye una razón para no comenzar siempre con el análisis de las relaciones relativamente fáciles que deben tenerse en cuenta en la colisión de dos principios y tampoco una razón para, a partir de ese análisis, no dar un paso ulterior hacia las regiones complejas de las uniones de principios.

Con ello quiere decir Alexy que siempre en la aplicación de los principios y reglas los derechos individuales estarán por encima de los derechos de la colectividad, esto trae distintas cuestiones que hacen analizar este axioma. Porque entonces quiere decir que no existirá al menos *prima facie* conflicto entre lo que son los principios y las reglas, que todo principio y regla existente se aplicará siempre de manera instrumental buscando el bienestar individual que el colectivo, sin importar en lo factico las consecuencias que ello conlleve.

Aquí entra en juego un criterio de corrección:

“...la necesidad de la corrección está basada en una necesidad práctica definida por una relación de medio a fin. En este sentido, tiene un carácter teleológico. La necesidad de la pretensión de corrección resulta de la estructura de los actos y del razonamiento jurídicos. Tiene un carácter deontológico. Hacer explícita esta estructura deontológica implícita en el derecho es una de las tareas más importantes de la filosofía del derecho...”.⁹¹

Como se observa, Alexy hace referencia al aspecto finalístico de la aplicación de los derechos. Y en este sentido la ponderación y la proporcionalidad son un ejemplo del discurso racional sobre la aplicación de los Derechos.⁹²

Al respecto es necesario especificar varias circunstancias que plantea Alexy. La primera de ellas es la especificación del tipo de normas de un sistema jurídico, la cuestión de si las leyes inherentes de un sistema jurídico implican la presencia de antinomias, es decir es un sistema perfecto, o por el contrario, como el mismo Dworkin ha señalado, la existencia de distintos tipos de “leyes” que denotaban la presencia de una o varias normas jurídicas, y de aquí el análisis sobre lo que son los principios y las reglas como integrantes de ese sistema jurídico, puesto que son los ladrillos con los cuales los actores jurídicos construyen un tipo de razonamiento jurídico.

En ello se observa cómo se ha desarrollado una vasta red de análisis sobre lo que debemos entender en el discurso sobre la validez del derecho, si el uso de principios es

⁹¹ Alexy, Robert. “La naturaleza de la filosofía del derecho”, Carlos Bernal Pulido (trad.), Associations Kiel, Universidad Christian Albrecht de Kiel, 7, 2003, p. 156.

⁹² Uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales es el papel de la ponderación o el balanceo. La ponderación juega un papel central en la práctica de muchos tribunales constitucionales. En el derecho constitucional alemán la ponderación forma parte de un principio más amplio: el principio de proporcionalidad.

la puerta por la cual se cuelan valores extrajurídicos o ideologías extrínsecas a la aplicación de la norma jurídica, y además de ello, si es acaso que existe una sola “Norma” dentro de un complejo de principios y reglas en un sistema jurídico determinado. Aunado a lo anterior, decir entonces que la discusión sobre la racionalidad del derecho estará inmersa solamente en la aceptabilidad que se tenga por determinados operadores jurídicos y sobre todo en la explicites de esa ideología y lo que resulta de mayor análisis, si en esa aplicación o interpretación del derecho se usa de principios jurídicos que no pertenecen al sistema jurídico que se ha considerado válido.

Y esto lleva a otras cuestiones a considerar, en especial el uso de los principios como mandatos de optimización que necesitan aplicarse por medio de los operadores jurídicos mediante un mecanismo metodológicamente basado en la adecuación y la necesidad mediante el uso de argumentos, resultando con ello en la materialización de una ponderación de una escala en leve, medio y grave de un peso abstracto de los derechos en juego, sin saber si lo abstracto pueda tener un peso o no.

Si esto es así, entonces al tener los Derechos fundamentales individuales una preferencia *prima facie*⁹³ sobre los derechos hasta aquí denominados colectivos, estamos en la presencia de cuestiones extra jurídicas que necesariamente inciden en ese proceso de ponderación y provocan un tipo de razonabilidad jurídica.

Entre tanto, Michelle Taruffo sigue otra línea, una línea crítica o política⁹⁴. Hace mención a que el juez desempeña un papel eminentemente político, ya que sus decisiones marcan los derroteros que una sociedad democrática busca mediante valores establecidos en la constitución, es decir, combina las directrices axiológicas inmersas en una normatividad.

El juez debe ser un aplicador pasivo de las normas que se producen “en otra parte” y que contienen y hacen explícitas las decisiones del poder político. En este sentido se reconfirma una relación de subordinación de los intérpretes a la política.

⁹³ El carácter *prima facie* de los derechos no altera o reduce su función normativa. *Prima facie*, no significa un derecho “aparente” o un “pseudo derecho”, significa “un derecho que puede ser vencido por otras consideraciones jurídicas”. Un derecho subjetivo existe si existe la norma jurídica que lo crea, con independencia de si entra en conflicto con otro e independientemente de su efectivo ejercicio. Tamayo y Salmorán, Rolando. *Introducción analítica al estudio del derecho*, 2a edición, editorial Themis, México, 2011, p. 113.

⁹⁴ Taruffo, Michele. “*Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica*”, *Isonomía*, número 22, 2005, p. 11-18.

Al respecto del modelo racional usado en la aplicación del derecho señala: "...la teoría del silogismo judicial no era, y no lo ha sido en las épocas posteriores, una descripción atendible de lo que hacen los jueces; sino que más bien representaba la expresión de una ideología de la función del juez..."⁹⁵. El intérprete era reproductor de los valores positivados.

Y con respecto a la consideración restringida del uso de los principios jurídicos sostiene que "...No es el juez quien elige o pone estas premisas mediante una elección individual: en particular, la premisa jurídica se considera como una premisa "dada", o sea como un enunciado normativo que el juez ya encuentra pre constituido y que solamente debe aplicar al caso concreto... ya no se trata del juez que se considera un aplicador pasivo de normas que son producidas por el legislador como exclusivo titular del poder de decidir elecciones políticas, sino del "juez intérprete..."⁹⁶

En esta actividad de interpretación, el juez lleva a cabo una función que es muy creativa porque no se trata solamente de descifrar lo que la norma dice desde un punto de vista literal, sino de atribuirle, una y otra vez, significados diferentes y variables en los que se reflejan valores morales, necesidades sociales, criterios de justicia de los que el aplicador es portador al realizar su función.

Se tiene, pues, que son muchos los aspectos por los que el aplicador que interpreta el derecho desempeña directamente un papel de decisor político; es decir, cuando se inclina el tipo de razonamiento al seguimiento de una teleología marcada por los aspectos valorativos, estamos entrando a una espetera catalogada como política y, a su vez, creativa del derecho.

En esta operación el intérprete dispone de un poder discrecional muy amplio. No se trata de un poder arbitrario porque la decisión debe ser racionalizada y controlable y debe seguir cánones hermenéuticos y estándares valorativos que el intérprete debe identificar y enunciar, "...el juez también es el intérprete de los valores constitucionales o fundamentales que se reconocen en el estado democrático moderno..."⁹⁷

⁹⁵ Ídem.

⁹⁶ Ibídem pp. 12 y 13.

⁹⁷ Ibídem p. 15.

El problema de los sistemas democráticos es el de crear, garantizando su funcionamiento, mecanismos de *checks and balances* capaces de detener la tendencia del poder político a someter a la magistratura y de contener al conflicto fisiológico entre el intérprete y el poder dentro de los márgenes de una dialéctica institucional correcta, sin embargo, el autor queda corto en las explicaciones de cómo lograr ello.

Basta con subrayar que la garantía de dichos valores y derechos se delega particularmente a los jueces que deben interpretar y aplicar de diferentes maneras las normas que se expresan a nivel constitucional y en el plano de la legislación ordinaria. Al realizar esta función el juez ejerce un papel fundamentalmente político: lleva a cabo elecciones que con frecuencia tienen una importancia política relevante, determina arreglos económicos, establece la distribución de la riqueza, garantiza los derechos fundamentales, condiciona el desarrollo de relaciones políticas, individuales y colectivas; por ende, es creador al aplicar normas que están dentro o fuera del sistema de alguna forma.

Por otro lado, Aguiló Regla⁹⁸, al hacer referencia al planteamiento del sentido amplio de los principios jurídicos, menciona que cuando por reglas hay que entender normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. El ideal regulativo es el de la tipicidad, es decir, normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración. Las normas abiertas son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos).

Entre las normas (las reglas) de un sistema jurídico se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Dos normas son consistentes (lógicamente compatibles entre sí) cuando es posible cumplir ambas normas simultáneamente. Los conflictos entre normas son, pues, de naturaleza lógica y suponen la imposibilidad de cumplimiento simultáneo de ellas. Los conflictos entre reglas se resuelven mediante la exclusión de una de las dos reglas. Los criterios centrales para la resolución de dichos conflictos (antinomias) son los

⁹⁸ Aguiló Regla, Josep. *Sobre derecho y argumentación*, editorial Lleonard Muntaner, Palma de Mallorca, 2008, pp. 15-26.

de superior (prevalece la voluntad de la autoridad superior), el posterior (prevalece la voluntad posterior de la autoridad) y prevalece la voluntad más específica de la autoridad.

Un caso es difícil cuándo la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. En el lenguaje del Derecho, de las normas, es lenguaje prescriptivo y, en consecuencia, no tiene valor de verdad. El jurista es un participante en una práctica social muy compleja, como es el Derecho, y en este sentido está comprometido con su mejora.

Los principios jurídicos tienen un potencial explicativo y racionalizador del Derecho muchísimo más alto que el de las reglas. Lo que supone un cambio fundamental es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. Las reglas no se entienden como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las han dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental. El cambio central está, por tanto, en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo solo a su expresión (porque no son solo manifestaciones de voluntad) sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos.

De este modo, lo único que podemos encontrar aquí es la mención de que los principios son normas abiertas, sin especificar en qué contexto o términos que implican una forma de subsunción cuando se aplica o interpreta el sistema normativo, mecanismo lógico que permite —ya elegida la norma a manera de principio— razonar o concluir de manera ordenada para justificar una decisión.

En esta misma línea, Bernal Pulido⁹⁹ enfatiza: La determinación del peso abstracto de los principios en los términos de la escala tríadica depende de la búsqueda, por parte del intérprete, de la mejor teoría sustancial de la Constitución. Si se asume que esta teoría es individualista, entonces el intérprete atribuirá el peso más alto a la libertad. Si, por el

⁹⁹ Bernal Pulido, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, Carbonell, Miguel (coord.), en *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, IJ-UNAM, México, 2008, p. 59.

contrario, esta teoría es comunitarista, entonces el intérprete atribuirá el máximo peso a los principios vinculados con bienes colectivos.

El problema, sin embargo, es que a veces no es fácil saber cuál es esa teoría. La respuesta correcta para estos casos es que la Constitución no puede dar ninguna respuesta correcta, los principios jurídicos entonces presentan un cúmulo indeterminado de fines y valores.

Por ello, en un ejercicio de ponderación de los principios jurídicos debe tenerse en cuenta el valor de todas estas variables. En una ponderación racional, primero es necesario determinar el valor *en* cada variable y luego el valor *de* cada variable.

Por el contrario, este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al intérprete un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante. De igual modo, la fórmula del peso explicita cuáles son las variables relevantes para la ponderación. Como consecuencia, posibilita fundamentar correctamente en el derecho el resultado de la ponderación. Por medio de esta fórmula puede estructurarse una fundamentación en términos conceptualmente claros y consistentes, mediante premisas completas y saturadas, que respetan las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación. La fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que el intérprete debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta.

En otra de sus obras¹⁰⁰ señala que las normas adscritas no pueden derivarse de forma automática de las normas directamente estatuidas. Dichas normas deben ser el resultado de una fundamentación rigurosa y exhaustiva en la cual el tribunal constitucional debe tomar en cuenta las exigencias de todos los principios constitucionales que juega en favor y en contra de la constitucionalidad de la ley, en una posición activa debe decidir cuáles de éstos argumentos prevalecen en el caso concreto.

En esta actividad de búsqueda de las exigencias constitucionales implica la búsqueda del sentido de los valores o fines establecidos en una constitución que dota de coherencia a un sistema; por ende, al echar mano de significaciones dogmáticas implícitamente se

¹⁰⁰ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2005, p. 146.

dota de sentido, implica la verificación del sentido restringido aquí sustentado, es decir, se está creando derecho al surgir un sentido a determinada norma en forma de principio.

Siguiendo esta línea, Lopera Mesa¹⁰¹ señala que, pese a la igual jerarquía formal de los principios en colisión, la importancia de cada uno de ellos desde el punto de vista material puede ser diferente, de acuerdo con el distinto valor que les atribuyan los participantes en la práctica constitucional. Algunos de los criterios que ayudan a fundamentar la asignación del peso abstracto a los principios en juego son:

a) la jerarquía constitucional de los principios, conforme al cual se asigna un peso abstracto menor a los principios constitucionales de segundo grado (que expresan los fines autónomos del legislador carentes de respaldo constitucional directo) respecto de los principios constitucionales de primer grado (los que cuentan con apoyo en una disposición constitucional);

b) la prioridad de los principios que expresan derechos individuales frente a los que se refieren a bienes colectivos y, a su vez, entre estos últimos, la prioridad de los bienes jurídicos colectivos referidos al funcionamiento del sistema social respecto de los bienes jurídicos orientados a la protección de instituciones estatales;

c) el diverso “grado de resistencia” constitucional de los derechos fundamentales, que viene dada por el conjunto de garantías dispuestas para reforzarlos (recurso de amparo, reserva de ley orgánica, procedimiento de reforma);

d) la cercanía de la posición afectada o protegida por la intervención al espectro central de aplicaciones del derecho fundamental;

e) la vinculación de la posición afectada o protegida con el principio democrático y la dignidad humana, y

f) el reconocimiento de la prioridad de un principio sobre otro en decisiones precedentes referidas a casos análogos.

Ha de advertirse, sin embargo, que la aplicación de los criterios de ponderación antes señalados no elimina la discrecionalidad que subyace a la atribución de mayor peso a un

¹⁰¹ Lopera Mesa, Gloria Patricia. “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, Miguel Carbonell (Coordinador), en *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, IJ- UNAM, México, 2005, pp. 191 y 192.

principio sobre su contrario. Con todo, en la medida en que tales criterios puedan ser intersubjetivamente fundamentados, su utilización sí puede aportar racionalidad a las elecciones valorativas del intérprete.

Por su parte, Miguel Carbonell¹⁰² ha señalado que el discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible.

Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.

En suma, la referencia necesaria a normas positivas es evidente, incluso algunos autores mencionan que la constitución es el principal y único instrumento en el cual existen estos principios, hacen énfasis en el cómo lograr una interpretación y aplicación de los principios en los distintos supuestos fácticos, pero no aclaran ni precisan entre los distintos tipos de principios jurídicos.

2.4. De los Principios implícitos en el Derecho

Los principios implícitos del o en el derecho, son lo que resultan de un proceso de razonamiento, están formulados a manera de premisas resultantes como consecuencia de un ejercicio de interpretación y aplicación de una disposición jurídica, es la norma, pero resultan del propio sistema de disposiciones jurídicas positivas.

En este sentido Wróblewski señala que son reglas derivadas del propio razonamiento que permite formular premisas para justificar una decisión y que, además, el mismo sistema del derecho contiene esas premisas y las consecuencias que derivan de esas disposiciones jurídicas y las trata como válidas. Actúan a modo cíclico, las interpretaciones sobre determinadas disposiciones jurídicas pueden llegar a ser

¹⁰² Carbonell, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2008. P. 8 y 9.

principios jurídicos usados en la determinación normativa de otras disposiciones, en este sentido los postulados propuestos por Ávila entran en esta clasificación o las reglas de prioridad de Lorenzo Zucca que se desarrollarán en el último capítulo de este trabajo.

A manera de ejemplo podemos citar tan solo los principios que se encuentran citados en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su párrafo tercero, tales como: Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tiene obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad; interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

De igual forma el establecido en el artículo 136 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala: “en caso de que, por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia.

Y, por último, el artículo 16 del Código Civil del Estado de Querétaro que dice: “los habitantes del Estado tienen la obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma tal que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este código y en las leyes relativas.

En suma, son disposiciones jurídicas, es decir, están positivizadas, están formuladas a manera de premisas y en las cuales se necesita de la actividad de interpretación para verificar el fin perseguido por estas normas.

Ante ello, de la postura de Ronald Myles Dworkin, al criticar el modelo del positivismo jurídico del siglo XX, fundamentó la misma en la afirmación de que el criterio de la regla de reconocimiento (validez) deja fuera de la interpretación jurídica los principios y los valores, que son elementos importantes del derecho.

Esto significa que los casos que él llama “difíciles” y que son aquellos en donde precisamente están involucrados principios implícitos en el derecho, no serán resueltos de manera consistente empleando el esquema de reconocimiento de Hart. Puesto que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas,

sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas.¹⁰³

La teoría de Ronald Dworkin acerca del derecho y la justicia, está basada en una postura anti positivista, es considerado como crítico del positivismo jurídico. Es también un crítico del utilitarismo propuesto por Bentham y Austin y un pensador que defiende la tesis propuesta por la filosofía liberal del conservadurismo.

Dworkin divide los derechos en dos categorías: derechos institucionales y derechos básicos (derechos de trasfondo). Ambas categorías son derechos políticos. A su vez, un derecho legal es un derecho institucional, el derecho a obtener de los tribunales una decisión favorable. Por ejemplo, la propiedad como derecho es el derecho a recibir protección de los tribunales frente a ciertas violaciones. Desde este punto de vista, los derechos individuales son muy similares a una contrapartida de la actividad (uso del poder) de los tribunales.

Según nuestro punto de vista, lo esencial es que en la teoría de Dworkin los derechos pertenecen a los ciudadanos *ex ante*. El individuo tiene derechos con independencia de que las autoridades los defiendan o no. En un cierto sentido, los derechos *existen* ya antes de que los tribunales tomen la decisión sobre el asunto. *Existe* en tanto derecho a una decisión favorable. Esta es una de las razones por las que Dworkin cree que tenemos que tomar los derechos en serio.

Sigue diciendo Dworkin, las normas o reglas¹⁰⁴ son aplicables de manera disyuntiva. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces es válida. Los *principios* no son susceptibles de aplicación disyuntiva, porque no en todos los casos en que se verifica su supuesto de hecho puede imputarse su consecuencia jurídica, de tal manera que es posible que la aplicación de los *principios* esté sometida a excepciones no enumerables ni teóricamente.

Los principios tienen una dimensión de peso o importancia que está ausente en las reglas y explicaría el distinto comportamiento de unos y otras en casos de colisión, mientras los conflictos entre reglas se resuelven en el plano de validez, si se da un conflicto entre dos

¹⁰³ Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, Marta Guastavino (trad.), Ariel, España, 1984, 5ª reimpresión 2002, p. 72

¹⁰⁴ Nótese en este punto que Dworkin en su lenguaje establece una similitud entre regla y norma y a su vez con la identificación de ésta última en una disposición jurídica.

normas o reglas, una de ellas no puede ser válida, mientras que cuando dos principios se interfieren ha de considerarse el peso relativo de cada uno e inclinarse a favor del que tenga mayor peso en el caso de decidir.

Los principios tienen una dimensión que falta a las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.

Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes. En este sentido, una norma jurídica puede ser más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso.¹⁰⁵

Para Dworkin los principios jurídicos no son patrones extra-jurídicos y son vinculantes para el juez, además juegan un papel central en los razonamientos que justifican las decisiones acerca de derechos subjetivos y obligaciones. Para él, el positivismo jurídico es un modelo para un sistema de reglas que resulta insuficiente y limitado para explicar el derecho.

En este punto, Dworkin trata de establecer las pautas de diferencia entre principios y reglas, determinando que un sistema jurídico está integrado por reglas y por un tipo de estándares llamados principios. Y que en la resolución de los casos llamados por él “difíciles” es factible mediante argumentos fundamentados en principios establecer una decisión que se refleje en una sentencia y con ello crear una norma que antes no existía. Los principios citados por el tribunal le dan vida a la nueva norma. Existen principios que aun cuando no emanan del texto legal son utilizados en base a un sentido de adecuación.

¹⁰⁵ *Ibidem* p. 78.

En otras palabras, se rompe con la tradición positivista y se siembra la semilla para lo que se considerará la omnipotencia judicial, como creador de Derecho, tal como se ha señalado para el sentido restringido del sentido de los principios.

De notoria trascendencia es la inclusión de la característica de “adecuación”, en la aplicación de los que se llaman principios y de las reglas, puesto que, en adelante, sobre este tópico se centrará el análisis respectivo, es decir, este argumento de la coherencia puede resultar en uno de los elementos que dote de plenitud a un sistema jurídico de manera conjunta con uno o varios sistemas sociales.

Sigue diciendo Dworkin, donde distingue los principios de las directrices. Un principio es una pauta que ha de observarse porque es una exigencia de justicia, equidad o de otro aspecto de la moral. Para él resulta lógica la distinción entre principios y reglas, es una distinción de clase, son diferentes tipos de pauta. Mientras que las reglas operan con la fórmula de todo o nada, se aplican o no, son válidas o no. Por su parte, los principios tienen un aspecto de peso o importancia que las reglas no tienen.

Si un principio es aplicable en un caso, constituye una consideración que debe ser tomada en cuenta por el intérprete. Los principios inclinan la decisión en una dirección, pero no de manera concluyente y aun cuando en un caso particular no prevalezcan, permanecen intactos.

La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social, o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número).

De la distinción hecha por Dworkin entre normas, directrices y principios, define a la directriz, o como él la llama, directriz política, como un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado y que puede consistir en una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Por otra parte, distingue como principio un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, de equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Visto así, entonces un

principio establece un deber ser, tanto para el Estado como para el individuo, son objetivos a seguir.

Llamo *principio* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.¹⁰⁶

En este punto ya se hace una distinción entre un principio que denomina jurídico de una directriz que en esencia pretende justificar objetivos cuantitativos sociales, que tiene relación con un número determinado de la población que ha de beneficiarse de algo. Al respecto, cuando Dworkin habla de los derechos sociales, pone nuevamente en una balanza los derechos de un individuo frente los derechos de la colectividad.

Dworkin reconoce que las personas gozan para sí de ciertos derechos preexistentes y que ninguna meta colectiva puede ser razón suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio, de tal manera que los derechos individuales son triunfos políticos de los individuos.

De acuerdo con lo anterior, los derechos humanos jamás podrían ser sacrificados en nombre del bienestar colectivo, ni tampoco podrán dar paso a otros intereses, por más que éstos estén justificados.

Los principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables; varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad. Aun si lo consiguiéramos, no tendríamos la llave del derecho, porque no quedaría nada que nuestra llave pudiera abrir.¹⁰⁷

En esta tesitura, en una obra posterior, Dworkin abonando a cierta tesis de la relevancia de los principios pretende señalar la justificación de su postura, en el sentido de resaltar el papel de la judicatura en el que, con cada caso difícil resuelto, se cuestiona intrínsecamente los fundamentos del positivismo en el sentido de la existencia de principios que surgen de manera novedosa, tales como los principios implícitos, los extra sistémicos, los principios nombre y los principios jurídicos construidos.

¹⁰⁶ *Ibidem* p. 72.

¹⁰⁷ *Ibidem* p. 99.

Y señala que incluso en el derecho constitucional, los precedentes son un determinante de crucial importancia en una decisión judicial y limitan la libertad del juez para formar un concepto constitucional a partir de su propia teoría del concepto moral del cual se deriva. Pero los casos que requieren nuevos juicios son más frecuentes en el derecho constitucional. En las decisiones judiciales que se toman en el derecho privado, los casos nuevos son difíciles debido a que, generalmente, se encuentran en las fronteras de lo que se está decidiendo¹⁰⁸. En la decisión judicial de los asuntos constitucionales, por otra parte, los casos son difíciles a menudo no porque se encuentren en los bordes extremos de la doctrina, sino porque cuestionan los fundamentos que están en la base de la doctrina.¹⁰⁹

En resumen, tenemos que Dworkin pone de manifiesto la existencia de principios, directrices y reglas, que ellas no son lo mismo, y que en la aplicación e interpretación del Derecho, éstos juegan un papel de dotar de coherencia y sentido al sistema jurídico, y que en ese dotar de coherencia y de sentido es como ahora se asigna el “peso” a cada derecho individual frente a un derecho que llamemos hasta ahora “colectivo”, y que nunca éstos últimos deben de sacrificar a un derecho individual en la resolución de un caso difícil.

Con todo, lo que no señala el autor, es la manera o forma de llevar cabo ese “peso” de derechos para justificar el inicio –en su momento- de la ruptura de la postura del positivismo jurídico, al señalar que no solo de reglas se compone el Derecho.

De aquí resulta la tesis inicial de la teoría constructivista y deontológica de un sistema de Derecho positivo justificado a partir de principios, que por medio de los jueces –Hércules— dotados de su fuerza argumentativa dan coherencia al sistema normativo positivo y con un tipo de razonamiento justificatorio, encuentran una decisión correcta para cada caso.

¹⁰⁸ En este sentido se encuentran los dilemas constitucionales, los cuales involucran dos elementos; una elección entre dos bienes (o males) distintos protegidos por derechos fundamentales; una pérdida fundamental de un bien protegido por un derecho fundamental sin importar lo que implique la decisión. En otras palabras, en donde la argumentación jurídica no es capaz de proveer una única respuesta correcta en estos casos; es más, estos casos no pueden ser resueltos racionalmente, sino solo comprenderlos. Zucca Lorenzo. “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, en *Dilemas constitucionales: Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, David Martínez Zorrilla (trad.), editorial Marcial Pons, Madrid 2011, p. 11.

¹⁰⁹ Dworkin, Ronald. “¿Deben Nuestros Jueces Ser Filósofos?, ¿Pueden Ser Filósofos?”, *Estudios de derecho*, vol. LXIV, N° 144, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 2007, p. 36.

En esta tesitura, como crítica, se puede resaltar la alta subjetividad de la sustentación de la formulación de la tesis, y además por el simple hecho de pretender dotar de validez a la justificación de un sistema normativo en la medida de un enunciado expresado por medio de un principio. Y con ello, relacionar coherencia —validez— con lo sustentado por un operador del derecho como lo es el juez, en donde la validez de las normas —llámense principios o reglas— ya está dado por los objetivos del Estado de Derecho, mismo que ya fue impregnado de cierta ideología, lo que conduciría a encontrar entonces un modelo de razonamiento judicial que pretende dar certidumbre sólo por medio de la aplicación del derecho a través del operador específico con el único sustento de su arbitrariedad decisional, y saber, de antemano, la posible solución a los casos sobre controversias entre la aplicación de un sistema normativo compuesto de principios y de reglas.

Hasta aquí la coherencia y la construcción racional en la aplicación e interpretación del derecho radica o se sustenta en uno de los principales aplicadores: jueces con alta capacidad argumentativa capaces de encontrar la solución “justa” a cada caso que se le presente, auxiliado tan solo por los principios que toma, primero de un sistema normativo y, segundo, de su esfera cognitiva.

Una de las principales objeciones a la postura de Dworkin y Alexy fue formulada por Jürgen Habermas. Esta va en el sentido de que el discurso propuesto por la ponderación mediante la herramienta de la proporcionalidad está carente de racionalidad, es decir, no se aleja de la postura subjetiva plasmada en su momento por los intérpretes que resuelven los casos difíciles. En otras palabras, es el decisionismo que confunde el espectro normativo, valorativo y deontológico en la aplicación del derecho en un sistema liberal de derechos humanos.

Ello por lo siguiente. La esencia de la propuesta de Habermas, primero, en la distinción entre razón práctica y razón comunicativa, entendida ésta última como el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, es decir, es un medio de validez de la racionalidad, de la cual el operador del discurso debe adoptar una actitud realizativa y comprometerse con determinadas suposiciones, como las establecidas por un sistema normativo, que impregnan de un imperativo de orientación racional.

Bajo esta perspectiva, su teoría de la acción comunicativa, partiendo de la fuerza de integración social que poseen procesos de entendimiento racionalmente motivantes, establece que sobre la base del mantenimiento de una comunidad de convicciones permiten conservar distancias y respetar diferencias reconocidas como tales, estando aquí el principio del discurso de la actualidad, puesto que serán legítimas aquellas normas de acción que pudieran ser aceptadas por todos los posibles afectados por ellas como participantes en discursos racionales.

Este discurso plantea la necesidad del análisis conceptual de los elementos que intervienen en este objeto de estudio, desde la diferencia conceptual entre principios deontológicos o teleológicos y las normas propiamente dichas.

Cuando hablamos de principios inmersos en un sistema procedimental que establece el derecho en la solución de controversias fácticas como normativas, se observa la diferenciación entre principios de carácter deontológico los cuales presentan como propiedad una codificación binaria de cumplimiento, una obligación incondicional y universal en sentido absoluto que impregna una obligatoriedad de acción.

Mientras que existen los principios teleológicos, valorativos o axiológicos, y que al tratarse de valores necesariamente llevan inmersas relaciones de preferencia, al ofrecer bienes más atractivos de conformidad con determinado reconocimiento cultural e incluso de acuerdo a cada modelo dogmático, por ello consienten una gradualidad de manera flexible o tensa.

Así las cosas, cuando existe un conflicto normativo en el que se confunda entre la aplicación de principios deónticos o valorativos, la solución o tarea consiste en hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes. Entre la norma que venga al caso y las normas que —sin perjuicio de seguir siendo válidas— pasan a un segundo plano, hay que poder establecer una relación con sentido, de suerte que no se vea afectada la coherencia del sistema jurídico en su conjunto, por ello, es el tratamiento como normas “adecuadas” e “inadecuadas”. Y

adecuación significa aquí validez de un juicio singular deducido a partir de una norma válida, que es el que “satura” a la norma correspondiente¹¹⁰.

Ciertamente, las normas válidas constituyen una estructura flexible de relaciones, en las que tales relaciones pueden desplazarse de caso a caso; pero este desplazamiento está sujeto a la reserva de su coherencia, reserva que asegura que todas las normas se articulen en un sistema concertado y coherente que, por su propia idea, sólo permita para cada caso una única solución correcta. La validez jurídica del juicio o fallo tiene el sentido deontológico de un precepto, no el sentido teleológico de lo alcanzable en el horizonte de nuestros deseos en unas circunstancias dadas. Lo que en cada caso es lo mejor para nosotros no coincide *eo ipso* con lo que es bueno para todos por igual¹¹¹.

Bajo esta perspectiva, resultan claros varios elementos. El primero de ellos, el rol del intérprete, un papel racional bajo los estándares de una validez de condición intersubjetiva frente a los demás operadores del derecho; además, la distinción ontológica de las normas, mediante la distinción clara entre la revolutura política de una norma hecha a manera de principio unas veces axiológica y otros a manera deóntica; una tercera, el uso de la coherencia desde un sistema de normas, ya que metodológicamente su adecuación —supranacionales, constitucionales o infra constitucionales— implica un acervo lingüístico normativo, que el intérprete conoce deónticamente para establecer la pauta para la acción individual frente a lo colectivo y frente a los conflictos de derechos y por ende llámese hasta este momento entre “principios”.

Por ello, Jürgen Habermas sigue hablando sobre la indeterminación del derecho en razón de que el derecho objetivo está lleno de principios y objetivos contrapuestos, pero que en razón a la reformulación de la coherencia propuesta mediante el uso de la ponderación puede haber la posibilidad de la toma de decisiones ante antinomias de principios, puesto que los principios y las reglas dotan de coherencia a ese sistema mediante un procedimiento racional a diferencia del propio Robert Alexy.

En contra de ello, señala en su defensa el propio Alexy: No es un procedimiento racional sino sólo una figura retórica:

¹¹⁰ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6ª edición, editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 333.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 334.

La primera de ellas ha sido formulada por muchos autores. Esta objeción rechaza la idea de que la ponderación sea un procedimiento racional. Se dice que consiste en una figura retórica que permite niveles de subjetividad ilimitados. La razón de esta objeción es, como sostiene Habermas, que “no existen estándares racionales” para ponderar.

La segunda objeción es un poco más sutil, y se refiere a un problema conceptual. Nuevamente, podemos referirnos a Habermas, quien ha presentado una versión bien interesante del problema. Habermas ha mantenido que la aproximación ponderativa deja a la regulación jurídica fuera de la esfera definida por conceptos como bueno y malo; correcto e incorrecto, así como, también, de la idea de justificación, colocándola dentro de una esfera definida por conceptos como adecuado e inadecuado y como discreción. Se ha dicho que la “ponderación de valores” puede orientar un juicio en cuanto a su resultado, pero no puede justificar ese resultado.¹¹²

Ante la tesis del decisionismo establecido esencialmente por Dworkin y Alexy, en la cual solo era necesarias en el intérprete ciertas condicionantes como una majestuosa capacidad argumentativa, ahora es necesaria una racionalidad comunicativa entendida como una postura susceptible a la crítica, predispuestos a la interacción y a los consensos, usando un lenguaje que permita comunicar y reproducir un sentido de comprensión normativo, ya no entendido este rol como un ejercicio de una facultad subjetiva arbitrada o libre mediante un modelo de racionalidad que conlleve una comprensión no legalista, sino jurídica de un sistema normativo; es decir, lejos de entender al sistema como un conjunto condicionante de manera trascendental, no es el sistema un modelo deóntico para el juez, sino para los que se les aplica, así como en el que este sistema normativo implica una estructura no valorativa, que permita la interacción de los distintos operadores y sujetos del sistema.

Retomando la discusión original de este capítulo, sin dejar de lado la perspectiva del decisionismo y del proceso lingüístico, Luis Prieto Sanchis¹¹³ considera que existe una vaguedad en la determinación normativa —a manera de principios jurídicos— como consecuencia de un cierto abuso lingüístico, pero representa también una característica

¹¹² Alexy Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, Miguel Carbonell, J. Jesús Orozco Henríquez y Rodolfo Vázquez (Coordinadores), en *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, México, 2006, p. 3.

¹¹³ Prieto Sanchis, Luis. “Derechos Fundamentales”, Garzón Valdés Ernesto y Francisco J. Laporta (editores), en *El Derecho y la Justicia*, 2ª edición, tomo 2, editorial Trotta, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 2000, p. 508.

de la función histórica que ha desempeñado como traducción jurídica de las exigencias morales más importantes que en cada momento han pretendido erigirse en criterio fundamental para medir la legitimidad de un modelo político y, por lo tanto, para justificar la obediencia a sus normas.

Por eso, decidir qué rasgos debe tener una pretensión para hacerse merecedora del calificativo de derecho humano fundamental contenido en las disposiciones jurídicas a manera de principios jurídicos, en suma, determinar el contenido de los derechos, no es problema teórico o conceptual, sino ideológico o de fundamentación. Un problema que como cualquier otro relativo a las exigencias de la justicia en una sociedad plural y democrática, debe quedar abierto al diálogo intersubjetivo a propósito de necesidades y recursos, con el único límite de preservar el propio diálogo y, consecuentemente, la personalidad moral de todo participante en el mismo.

En otra de sus obras, Prieto Sanchis¹¹⁴, señala que ponderar es buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.

A mi juicio, la virtualidad de la ponderación reside principalmente en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto y de modo definitivo por las fórmulas habituales (orden público, derecho ajeno, etcétera), sino que se decanta en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna.

El resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios jurídicos ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en pureza no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos.

En conclusión, cuanto mayor es el número y detalle de las propiedades fácticas que conforman la condición de aplicación de una ley, más factible resulta la ponderación de

¹¹⁴ Prieto Sanchis, Luis. "El Juicio de Ponderación Constitucional", Miguel Carbonell (coordinador), en *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, IJ-UNAM, México, 2005, p. 92-106.

un intérprete en un juicio abstracto y más inviable la de la justicia ordinaria en un juicio concreto.

No cabe duda que el juicio de ponderación requiere aquí de los intérpretes un género de argumentación positiva o prospectiva que se acomoda con alguna dificultad al modelo de intérprete pasivo propio de nuestro sistema, pues no basta con constatar que la medida enjuiciada comporta un cierto sacrificio en aras de la consecución de un fin legítimo, sino que invita a “imaginar” o “pronosticar” si ese mismo resultado podría obtenerse con una medida menos lesiva.

La ponderación se endereza a la construcción de una regla y, si nos tomamos en serio las exigencias de la argumentación, ello significa el respeto a un principio de universalización que opera como garantía última de racionalidad; al igual que ocurre siempre que carecemos de una única respuesta correcta, la universalización obliga a considerar todas las circunstancias relevantes y a justificar a la vista de ellas una solución susceptible de ser asumida en el futuro por todos y, en primer lugar, por el propio intérprete.

Pero, sobre todo, en segundo lugar, la ponderación que lo sea de verdad no puede dar lugar a cualquier solución. Como sostiene Moreso, es precisa “una reformulación ideal de los principios que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes” y esto ha de permitirnos establecer una jerarquía condicionada entre tales principios susceptible de universalización; “en la medida en que consigamos aislar un conjunto de propiedades relevantes, estamos en disposición de ofrecer soluciones para todos los casos, aunque dichas soluciones puedan ser desafiadas cuando se cuestione la adecuación del criterio por el cual se han seleccionado las propiedades relevantes”.

En suma, el problema —si es que existe en términos de Luis Prieto— es una cuestión solo de fundamentación ideológica de los principios jurídicos, que al final, opera como una regla jurídica creada por el intérprete a un caso fáctico que lo requiera.

En resumen, cabe pensar que hay casos centrales en los que las circunstancias relevantes se repiten y que deberían dar lugar a la construcción de una regla susceptible de universalización y subsunción —lo que se acerca a los verdaderos principios jurídicos—, por ende, se estaría haciendo referencia al tipo de principios jurídicos de los que se han llamado: implícitos y los construidos; aunque tampoco puede dejarse de

pensar en la concurrencia de otras propiedades justificadoras capaces de producir una alteración en el orden de los principios, como podrían ser los principios jurídicos nombre —institución— y los propios extra sistémicos.

Por otra parte, señalan Ernesto Garzón Valdez y Francisco J. Laporta¹¹⁵ que los ordenamientos jurídicos imponen restricciones a la persecución de intereses por parte de los diversos sujetos mediante la asunción de valores que consideran razones categóricas frente a cualesquiera intereses. De ahí que las normas que recogen tales valores —los principios en sentido estricto— prevalezcan frente a las directrices y jueguen un papel predominantemente negativo: los principios, en sentido estricto, no tratan de ordenar la concurrencia de intereses ni de promover unos u otros intereses sociales, sino de evitar que la persecución de cualesquiera intereses pueda dañar dichos valores. El que dichos valores se consideren como razones categóricas frente a cualesquiera intereses no excluye, obviamente, la posibilidad de que, frente a un determinado caso, se produzca un conflicto entre ellos.

Conflicto que sólo cabe resolver tras una ponderación de la que resulte cuál es el valor que tiene un mayor peso, dadas todas las circunstancias del caso.

Hasta aquí resulta que todo lo que se ha llamado como principio jurídico implícito en el Derecho, implica la existencia de una disposición normativa, positiva o no, que busca armonizar ciertos valores.

2.5. De los Principios extra sistémicos del Derecho

Los principios extra sistémicos del derecho, consisten en los postulados que, paradójicamente, no están dentro de un sistema de derecho positivizado y, provienen del derecho comparado o de la práctica jurídica judicial. No se encuentran en las disposiciones jurídicas de determinado sistema, son de otro sistema —como en la ética—.

De inicio, al no estar este tipo de principios dentro de un sistema positivista, éstos encontrarán sustento o fundamentación es posturas acordes al derecho natural.

¹¹⁵ Garzón Valdés, Ernesto, Francisco J. Laporta. *El derecho y la justicia*, 2a edición, editorial Trotta, 2000. pp. 156 y 157.

Ello es así en el caso de los principios axiológicos o morales. Éstos pueden encuadrar en esta categoría, en virtud de que apriorísticamente una cualidad de un sistema es la razón de pertenencia a ese sistema, y si las normas en sí pueden constituirse axiológicamente desde una perspectiva deontológica, entonces, el deber ser de una norma positivizada estará de manera automática permitiendo la filtración de éstos en el derecho positivo.

Al respecto, se puede observar que la dogmática brinda la explicación concurrente al respecto, sobre esta línea, Marco Aurelio González Maldonado¹¹⁶, señala que cuando se usan principios jurídicos por parte de un intérprete, lo que se busca es una justificación suficiente allí donde deba realizarse un juicio valorativo (consecuencia del carácter ideal de los principios) y ello dota de objetividad al razonamiento al exigir una motivación coherente y en esfuerzo para demostrar la razonabilidad de la solución ofrecida; y aunque, al tratarse de una ponderación de principios (valores), muchas veces no pueda demostrarse el carácter de verdad de las afirmaciones (porque implicaría una decisión política), la exigencia de un dialogo confrontativo entre principios y la justificación de la posición están más acordes con la idea de justicia, teniendo presente que la carga valorativa no podía desterrarse del ámbito interpretativo y que la ponderación busca, cuando menos, dotar de coherencia al mismo.

Y si existiese un catálogo de principios marcaría ideológicamente a la continua transformación de las sociedades, y la cuestión (ya fuera del objetivo de este trabajo), estaría en determinar los linderos a esas ideologías que en la actualidad pudieran tildar de extremistas por la magnitud de la restricción a los derechos fundamentales.

El problema fundamental, resulta pues, que no todos los derechos y principios jurídicos tienen una igualdad cualitativa y, ante la contraposición o mención de dos valores de diferente naturaleza, con la aplicación por parte del intérprete de una forma metodológica como lo es la ponderación, no se hace más que encontrar la fórmula para justificar una decisión política. La herramienta que aplique el intérprete para mostrar esa justificación —ponderación o proporcionalidad— no busca solucionarlo, sino más bien reconocerlo y exigir un mayor rigor en la justificación de la elección (siempre política) para el caso particular. Y es que esta elección consiste en atribuir mayor peso a determinados

¹¹⁶ González Maldonado, Marco Aurelio. *la proporcionalidad: como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, editorial Novum, México, 2011, pp. 47-50.

principios jurídicos (cargados de valores). Esa decisión siempre ha sido política y lo seguirá siendo; el mérito está en que ahora se exige un mayor esfuerzo justificatorio de las elecciones.

El reducto siempre recurrido es entonces el de la razonabilidad para justificar una valoración de los hechos donde confluyen o pueden confluír dos o más principios que pugnan por un reconocimiento superior a los demás para la solución del caso concreto. Cuando se aplican esos subprincipios, no se trata más que de una justificación de la posición ya asumida de antemano.

Entonces, el examen de racionalidad que se haga permite adscribir un principio jurídico sin justificar el porqué, dado que la concentración de la ponderación está en el contrapeso entre los principios “escogidos”, no en la selección de esos principios, cuestión verdaderamente importante.

Pero sí debe exigirse una mayor justificación en la elección de los principios de contrapeso, entre los posibles candidatos. Esta observación permitirá pulir la técnica ponderativa al momento de exigir una mayor argumentación.

Por ello mismo, el resultado de la aplicación de la necesidad dependerá de la capacidad que tenga el intérprete para vislumbrar esas posibilidades o, incluso, de su mera voluntad.

Ahora, si bien existe esta deficiencia, justamente la proporcionalidad desnuda las falencias interpretativas y a partir de ellas se hacen posible las críticas constructivas.

Esto es así porque todas las normas pueden ser presentadas o como reglas o como principios, y tal presentación depende del lenguaje y el esquema que se adopte a la hora de aplicarlas. Pero tal opción es potestativa del intérprete, no determinada por ningún tipo de “naturaleza”, ni de las normas, ni de los hechos.

Aun cuando sea plausible un resultado, el esfuerzo de todo intérprete debe estar dirigido a contrabalancear opciones y elaborar razones coherentes que refuten las pretensiones ilegítimas. Con ello queda patente que, lo que debe buscarse es una protección semejante de los derechos (en los diferentes niveles normativos y resolutivos) y no una unificación del método interpretativo. Esas decisiones son consecuencia de las convicciones de cada intérprete y aquí no interviene ningún método interpretativo por mucho que se quiera insistir en que los métodos condicionan el resultado.

En suma, la fuerza de las diversas técnicas de aplicación de los principios jurídicos radica en hacer patente y enfrentar la realidad del derecho: su inexorable carga valorativa. Éstas —la ponderación o proporcionalidad— tienden a racionalizar lo razonable, es decir, la idoneidad y la necesidad como ejercicio ponderativo deben mostrar la estructura del argumento, y a exponer a la crítica las valoraciones subjetivas, mostrar las elecciones hechas por el intérprete; pero esa razón no constituye una fórmula infalible, sino un camino para tratar con valores y demostrar cuál ha sido el camino seguido, de modo que éste quede al descubierto para que los baches puedan ser tapados o reconducidos y que los argumentos sirvan para construir a su vez mejores argumentos.

Y aunado a ello, el problema persiste. El decisionismo en la adscripción y elección de una norma determinada o una regla específica, seguirá siendo de libre elección del operador intérprete, y cuando estamos en la presencia del juego de valores, el método que se use tenderá a ser un ejercicio político y no jurídico-racional. En un sistema normativo, pareciere ser que lo importante es mostrar el esqueleto justificativo usado por el intérprete. En él, si se usan principios jurídicos, es para darle coherencia al sistema y aportar estándares de heterogeneidad a sus decisiones.

Por su parte, Juan José Moreso¹¹⁷, enfatiza que sólo podemos construir una escala si estamos en posesión de conceptos métricos o al menos comparativos, y en el ámbito de la ponderación entre derechos —usando principios jurídicos— sólo disponemos de razones en favor y en contra, por lo tanto, únicamente podemos generar conceptos clasificatorios.

En su opinión, estos problemas socavan gravemente el modelo de Alexy, puesto que no permiten ni prever lo que los intérpretes del derecho decidirán en los casos de conflictos entre principios jurídicos que establecen derechos fundamentales, ni menos aún someter a crítica racional y articulada a sus decisiones.

Sin embargo, sólo una teoría plenamente articulada de los derechos nos permitiría alcanzar dicha conclusión y una teoría así está aún por construir.

¹¹⁷ Moreso Juan J. "Alexy y la aritmética de la ponderación", Miguel Carbonell (Coordinador), en *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, IIJ-UNAM, México, 2005, p. 68.

Por estas razones, el autor considera que es mejor pensar en un modo de configurar la ponderación en que se considere un paso previo a la subsunción. Una vía según la cual la ponderación es únicamente la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios —pautas con las condiciones de aplicación abiertas—, a reglas —pautas con las condiciones de aplicación clausuradas—, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado.

La concepción aquí defendida por el autor, es una estrategia especificacionista de reconstrucción de los derechos. La estrategia especificacionista conserva íntegramente la fuerza de los derechos, sacrificando su alcance mediante las cláusulas que delimitan el contenido del derecho —contenidos a manera de principios jurídicos en este caso—. Esta concepción requiere que seamos capaces de establecer cuáles son las propiedades seleccionadas “relevantes”.

2.6. De los principios nombre del Derecho

Los principios nombres del derecho, son los que se identifican con las cualidades o rasgos característicos de instituciones jurídicas, es decir, determinan el sentido de un conjunto interrelacionado de disposiciones jurídicas, pero no son reglas específicas de comportamiento, están en relación directa con la unidad conceptual de una institución jurídica, definidas por la dogmática jurídica. Y en este sentido se pueden observar que existirán principios nombre del derecho, es decir, definitorios de una figura o institución sustancial en la materia, o de carácter eminentemente procesal.

Bajo esta tesitura, es necesario analizar la propuesta de Leopoldo Burruel Huerta¹¹⁸, quien ha explicado que para nuestro propósito debemos distinguir los axiomas (o proposiciones) de los principios. Sin axiomas o proposiciones no puede haber ciencia como concepto de teoría del conocimiento. Los principios son resultados de la experiencia, de lo empírico, del resultado. Pueden sufrir transformaciones y ser alterados en forma excepcional. Tienen una íntima conexión con los axiomas o proposiciones

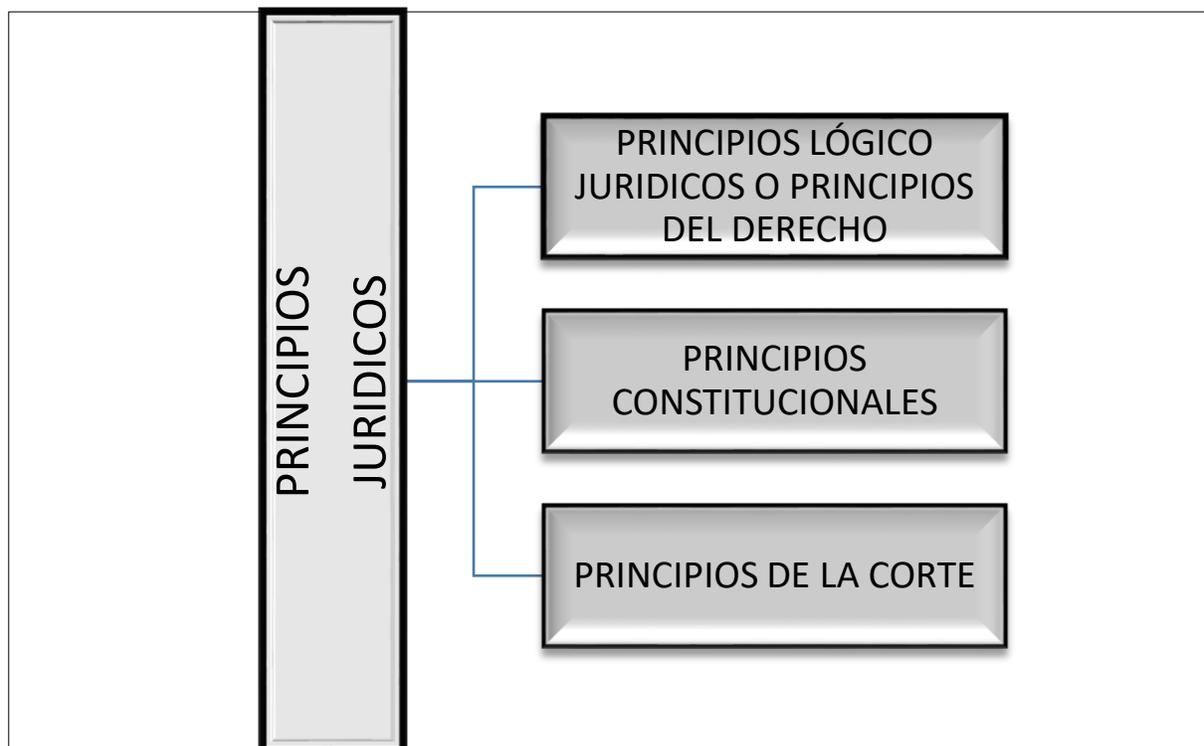
¹¹⁸ Burruel Huerta, Leopoldo. *Principios constitucionales*, Porrúa, México, 2013, p .3–10.

esenciales, pero no son lo mismo. El principio nos dice cómo al final de cuentas funciona un conjunto de conocimientos.

De tal manera que cuando una Constitución dice que tales relaciones jurídicas o tal Ley debe realizarse bajo el “principio de” algo, no es un principio general del derecho propiamente, sino un deseo de que exista esa norma que conduzca las relaciones jurídicas y que le dé existencia a dicho (*sic*) idea, como principio. Los principios jurídicos, generales del derecho, derivan de los fines, de lo empírico —como dijimos— y lo que la Ley dice en estos diferentes casos, es un fin, objetivo. Así, debemos distinguir los principios generales del derecho de aquello que dice la Constitución que constituirá un principio para alguna materia.

Hasta aquí tenemos tres tipos de principios jurídicos. Los principios generales del derecho (aristotélicos basados en hechos singulares y la inducción), los principios constitucionales (cuando la Constitución dice que existirá en determinada materia un principio) y los de la Corte, que será cualquier postulado de la Constitución y que considere que debe de llevar tan noble nombre.

CUADRO 2. Los principios jurídicos



Fuente: Burruel Huerta, Leopoldo.

Debemos concluir que existen principios jurídicos de los que llamaremos principios generales del derecho, en efecto, pero no son los que emanan de la Constitución en sentido propio. Como hemos dicho, ha sido una constante que se han llamado, principios, a todos los dictados de la constitución. Solo podemos decir que los de la Constitución y la Corte, no son precisamente Aristotélicos. En este sentido, cuando dicen “principios” no se refieren a principios generales del derecho. Pero les llamaremos principios, pues es el propósito de este estudio y así los ha seguido nombrando la doctrina moderna del derecho.

Estos son los que se consideran los verdaderos principios jurídicos, los principios construcción del derecho y, los cuales se analizarán en el apartado siguiente.

Si bien, refiriéndose Leopoldo Burruel a Humberto Ávila, cuando le refuta que aquél da una puntual definición de los principios, pero que sin embargo ésta no es clara. Pero atreviéndonos a reducir la expresión, podemos decir que una regla prevé un caso concreto, puntual y que deriva de los fines y valores que sí establece un principio. El principio es la guía, base, pilar y sostén de las reglas y actos que existirán en el objeto de la materia.

Aquí vemos que el doctor Ávila sólo sostiene que será un principio lo que la norma constitucional dice que será un principio. Por lo que no se refiere a que todo lo dicho en la Constitución será un principio, como ocurre en la Corte Mexicana, basada en la redacción de la propia Constitución.

De tal manera que la palabra “principio” tenía el significado de las virtudes de la justicia y no a una constante emanada de la inducción que creaba lo que ahora conocemos como aforismos romanos. Estos aforismos o máximas, de los que se han escrito libros completos, son citas meramente, que no necesariamente contienen principios jurídicos.

En suma, se puede decir que este tipo de principios pueden estar o no contenidos en las disposiciones jurídicas, pero que, si necesariamente designan o definen un objeto del derecho, ya sea en materia sustantiva o procesal.

2.7. De los Principios Construcción del Derecho.

Los principios construcción del derecho, hacen referencia al caso paradigmático del legislador racional o perfecto. Se ha dicho, inicialmente por Aristóteles, que el

conocimiento científico es un proceso, una sucesión de movimientos que realizan los científicos. Se comienza por acumular experiencias por las que se recoge lo que ha sido repetidamente observado. De la etapa de la experiencia se pasa a la etapa de ciencia, al encontrar el elemento común en los casos particulares observados. El paso clave en la transición de la experiencia a la ciencia lo constituye la generalización empírica, procedimiento mediante el cual se inicia la construcción de clases a partir de la detección del elemento común que une los casos particulares, así hasta los primeros principios. Cuando los primeros principios de la ciencia han sido descubiertos, estos tienen que ser formulados en proposiciones¹¹⁹.

Estamos entonces analizando los que se consideran los verdaderos y esenciales principios jurídicos, al inicio de este capítulo se definió que se entiende y se sostiene que significa la expresión principios jurídicos.

Para explicar mejor ello, es necesario explicar lo que dice Raúl Gutiérrez Sáenz quien señala que cada ciencia tiene sus propios principios, que también se llaman axiomas. A partir de ellos se fundamentan las demás proposiciones que constituyen dicha ciencia. Pero existen unos principios que son válidos para cualquier ciencia y por eso se llaman “primeros principios”, tales son los principios de la lógica... un primer principio es una proposición verdadera, absolutamente evidente, universal y necesaria. Por tanto, no necesita demostración, sino que, por el contrario, está supuesta en cualquier demostración¹²⁰.

Los primeros principios son evidentes, es decir se captan inmediatamente en su verdad, en cuanto se conoce el significado de las palabras con que se enuncian. Son también universales, o sea, se aplican absolutamente a cualquier ente, cualquiera que sea su categoría y la ciencia que lo trate. Y, por último, los primeros principios son verdades necesarias, de tal manera que sería absurdo que en algún momento dejaran de tener validez.

Como se destaca, estos primeros principios tienen las cualidades que son deseables en el tipo de razonamiento de los interpretes o aplicadores del derecho en un ejercicio de

¹¹⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando. *Razonamiento y Argumentación Jurídica*, R. Márquez Romero (editor), 2a edición, IIJ-UNAM, México, 2007, p. 84.

¹²⁰ Gutiérrez Sáenz, Raúl. *Introducción a la lógica*, 29a edición, editorial Esfinge, México, 1994, pp. 3-14.

proyección lo aplican a cualquier palabra, oración o frase que empíricamente se sostenga tienen un criterio de verdad.

Ya se ha señalado este proceso, inicialmente por Aristóteles, por el cual se comienza por acumular experiencias dadas por lo repetidamente observado. De esa experiencia se pasa a la etapa de ciencia, al encontrar ese elemento común en los casos particulares observados y de ahí a la ciencia mediante la generalización empírica, procedimiento mediante el cual se inicia la construcción de clases a partir de la detección del elemento común que une los casos particulares, así hasta los primeros principios, los cuales tienen que ser formulados en proposiciones.

Por otra parte, se resalta que, en el uso entre los operadores del derecho y, en la dogmática jurídica, el término “principio jurídico” se ha usado sin distinción alguna, es decir se ha usado para designar genéricamente un tipo de disposición que presenta determinadas cualidades —sin decir cuales— mientras esté presente dentro de la estructura del argumento usado dentro del razonamiento justificativo del intérprete. Es decir, no existe una correlación única de congruencia entre el término principio jurídico y el contenido que refleja y el fin que se pretende cumplir, sea cual sea ese fin y en dónde esté establecido.

Se tienen, entonces, que existen unos primeros principios en y para la ciencia, de los cuales la metafísica se ocupa, y que derivados de ellos podemos encontrar ciertos principios axiológicos y a los principios relacionados con el Derecho.

Para aclarar las cosas se coincide con Raúl Ruiz Canizales¹²¹, quien ha revisado en su tesis doctoral el uso de los principios y en específico de los jurídicos, en el sentido de que aclara que el vocablo ‘principio’ es el que atiende a la naturaleza de los mismos, es decir, en cuanto a su forma de creación. Bajo este criterio sólo se tienen dos tipos de ellos: a) los lógico-jurídicos y, b) los axiológicos.

Los primeros de ellos son los únicos que merecen el calificativo de principios generales del derecho, y son todos aquellos que se obtienen o, mejor dicho, se han obtenido (desde los romanos) gracias al procedimiento establecido por Aristóteles y que, por tanto, se

¹²¹ Ruiz Canizales, Raúl. *Razonamiento jurídico, casuística y bioética*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Querétaro, México, 2014, pp. 218-219.

derivan de procesos y métodos propios de la lógica. Es decir, se trata de principios que, en virtud de ese mismo procedimiento, resultan ser “hermanos de leche” de los principios de las ciencias naturales (física, química, etcétera). Lo que significa que comparten los mismos problemas “congénitos” que estos últimos.

Entonces, se puede afirmar que, con respecto al Derecho, existen los principios jurídicos que en su forma de creación resultan ser coincidentes con lo que se han llamado los principios generales del derecho. Estos, en términos del lenguaje de la ciencia, resultan ser los únicos y originales principios de la ciencia del derecho.

Sigue diciendo que mientras los principios generales del derecho son controlables y obtenidos mediante un proceso lógico-inferencial, los otros “principios” son obtenidos mediante una interpretación directa de la disposición jurídica o, en términos de Ávila, por un “caprichoso decisionismo”¹²² que en este caso es evidente que se trata de un decisionismo doctrinal, sin control alguno.

Y es en este punto donde radica uno de los fines de este trabajo, establecer que se tiene que entender por principio jurídico, solo los creados mediante la inducción en términos Aristotélicos tendrán ese carácter, los demás que sean llamados dentro del sistema positivo, o implícitos en el mismo, o que encuentren fundamento jus filosófico en el Jusnaturalismo y sus disciplinas afines, o los que definan una institución jurídica no tendrán que ser llamados principios jurídicos.

2.8. Conclusiones

En conclusión, si el objetivo de este capítulo fue el comprender el sentido de los principios jurídicos, que se considera cumplido; ello porque, después de su análisis dogmático, se han encontrado elementos o características derivados del término principios jurídicos, que va a permitir comprender de inicio una taxonomía que deslinde los distintos tipos, lo cual resulta útil para el tipo de razonamiento jurídico al establecer con precisión el tipo de principio jurídico eficaz para determinado tipo de argumento a fin de cumplir determinado fin.

¹²² Ávila, Humberto. Teoría de los principios, Laura Criado Sánchez (trad.), 10a edición, ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, Madrid, España, 2011, p. 27.

De igual manera también fue un propósito verificar cuándo un principio jurídico es una norma jurídica y cuándo forma parte de un proceso argumentativo y, de ahí, cuáles son los retos o condiciones para establecer el sentido de un principio jurídico hasta por el tipo de intérprete.

Existen entonces distintos tipos de sentido de los principios jurídicos. Si se toma como punto de partida los principios lógico jurídicos como aquellos que por su naturaleza se han obtenido del proceso de construcción lógica, en virtud de los cuales en palabras de Rolando Tamayo y Salmorán¹²³, Aristóteles encuentra que el conocimiento científico es un proceso, una sucesión de movimientos que realizan los científicos. Se comienza por acumular experiencias por las que se recoge lo que ha sido repetidamente observado. De la etapa de la experiencia se pasa a la etapa de ciencia, al encontrar el elemento común en los casos particulares observados. El paso clave en la transición de la experiencia a la ciencia lo constituye la generalización empírica, procedimiento mediante el cual se inicia la construcción de clases a partir de la detección del elemento común que une los casos particulares, así hasta los primeros principios. Cuando los primeros principios de la ciencia han sido descubiertos, éstos tienen que ser formulados en proposiciones.

Estos elementos fundamentales proveen a la ciencia de sus mínimos presupuestos. Sólo cuando este primer paso a la construcción de la ciencia ha sido completado, es decir, cuando los principios jurídicos han sido descubiertos y establecidos en proposiciones, entonces la deducción es posible. Estos serán los primeros principios con el apellido de científicos.

En esta tesitura, se puede señalar que sólo el uso de este tipo de principios lógico-jurídicos obtenidos mediante este procedimiento tienen las características de científicidad, representan a su vez mayor control en la verificación de su proceso de creación, como se puede observar no todos los principios jurídicos tienen esta propiedad.

Y en sentido contrario, los demás principios resultarían en simples condensaciones de conocimientos empíricos sin solución de científicidad, sin control alguno, usados unas

¹²³ Tamayo y Salmorán, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica*. Capítulo 3, R. Márquez Romero (editor), 2a edición, IIJ-UNAM, México, 2007, p. 84.

veces para denotar fines, otros para denotar medios o valores y, otros entonces para definir de manera sumamente abstracta y general derechos o un conjunto de ellos.

Ese escenario hace cuestionar el estado “científico” del razonamiento jurídico en la actualidad, hace preguntar, ¿qué tipo de conocimiento —principios jurídicos— se está usando en el derecho?, ¿cuáles son las consecuencias de usar este tipo de razonamiento para las ciencias sociales?, ¿en qué consiste entonces la cientificidad del derecho?

Un modelo científico de razonamiento tiene entre sus características la certeza de sus afirmaciones, se presentan como verdades evidentes, la seguridad en el uso de sus afirmaciones trae como consecuencia que desde el lenguaje hasta la eficacia traigan aparejada un alto grado de confiabilidad e, insisto, de certeza o, en otras palabras, de seguridad jurídica.

Sin embargo, un razonamiento jurídico que use sin identificación del contenido y origen cualquier principio jurídico trae como consecuencia un alto grado de subjetividad y de falta de certeza y de inseguridad jurídica.

Estos cuestionamientos hacen re-pensar los fundamentos elementales del razonamiento justificativo de los intérpretes y aplicadores del derecho, puesto que de usarse principios jurídicos que no son de los lógico-jurídicos, estaríamos ante el siguiente escenario:

1. Una alta variabilidad en los criterios de las decisiones jurídicas;
2. Un alto grado de incertidumbre jurídica;
3. Un bajo control de la racionalidad jurídica.

Por lo tanto, el lenguaje llamado científico está en discrepancia con un uso retórico de los principios jurídicos dentro de un razonamiento eminente con fines justificativos.

Esto trae que se tenga que hacer uso de un lenguaje en donde el intérprete distinga el tipo de principios jurídicos que usa y en razón al tipo de fin que se persiga, es decir, el aplicador del derecho puede usar postulados o meta normas a fin de verificar la existencia de un derecho o, por el contrario, hacer observables los rasgos subjetivos en juego, lo que se ha llamado los valores inmersos en una controversia o, ser usado en la persecución de un fin constitucional ya sea individual o colectivo, pero el problema es que se usan dentro de la estructura argumentativa de manera indiscriminada e impune.

Y lo que resulta de mayor complejidad y de mayor preocupación radicaría en el tipo de razonamiento y los fundamentos de una decisión que resuelva los llamados conflictos de derechos fundamentales que tienen lugar en el nivel de las normas que las apoyan, en donde existen pretensiones simétricas que son mutua y totalmente excluyentes¹²⁴.

Bajo esta tesis, el determinar el sentido en el que son usados los principios jurídicos permite observar y hacer visible y comprensible su contenido, el cual puede ser un contenido finalístico, es decir, al establecer fines para la acción, los cuales pueden ser individuales o colectivos; además de un innegable contenido valorativo con implicaciones axiológicas y, por último, un contenido que establece derechos, cuya vinculación corresponde a los llamados derechos humanos o derechos fundamentales.

Si esto es así, y en el proceso de justificación de una decisión en la interpretación y aplicación del derecho, el operador del derecho usa de los principios construcción del derecho, evidentemente la racionalidad podrá tildarse de científica. Por ello, en el cuadro número 3, de manera intencional se ofrece una primera aproximación a la aplicación científica de los principios jurídicos tomándolos como una referencia en primero lugar para la interpretación y aplicación del derecho.

Cuadro 3. Clasificación de los principios jurídicos de acuerdo a su naturaleza.

¹²⁴ Lorenzo Zucca en su apartado 2.2. hace referencia a una tipología de estos conflictos, para mayor referencia confróntese con su obra. Zucca, Lorenzo. "Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales", en *Dilemas constitucionales: Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, David Martínez Zorrilla (Traducción), editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.



Fuente: Jerzy Wróbleski

Entonces, siendo el sentido de los principios jurídicos un proceso racional que busca justificar una decisión, que atiende las distinciones definitorias del concepto, visto o aplicado desde la conducta humana inmersa en un complejo entramado de valores de diversa índole que, determinan cierta intencionalidad o ciertos fines, en contexto con un sistema jurídico determinado que establece normas contenidas en principios jurídicos y reglas, hace necesario establecerlo como un objeto de investigación científico.

Por otra parte, un Estado de derecho ha establecido como condicionante en los procesos decisorios que éstos de manera necesaria tengan su punto de sustento en el derecho positivo, y que los interpretes o aplicadores del derecho deben sujetarse a esta premisa para que sus decisiones sean legítimas.

Entonces, un principio jurídico positivado sin especificar su contenido, cumple con las premisas de legitimación ya asentadas, sin embargo, no resistirá el análisis de validez científica propuesto para que estos principios jurídicos muestren sus contenidos y sus orígenes a efecto de priorizar la certeza en relación a la estructura argumentativa en que sea usado.

En otras palabras, no es suficiente establecer —como se ha hecho hasta ahora— en una constitución un sin número de llamados “principios” que sólo justifican la pertinencia política, mas no la validez y coherencia científica.

En este contexto, si un intérprete aplica o usa este tipo de principios jurídicos positivizados estará actuando acorde al sistema jurídico, dentro de las propias reglas y disposiciones establecidas acorde a la adscripción competencial de las controversias jurídicas y de conformidad con la división de poderes de un Estado democrático de derecho. Puesto que se ha considerado que sólo el legislador es el órgano exclusivo de la creación de las disposiciones jurídicas de cualquier nivel, y cualquier otro órgano estaría inhibido de esa creación normativa.

Sin embargo, si se usan principios jurídicos extra sistémicos o contruidos, que están fuera de ese sistema jurídico —como el mexicano—, se tiene que las decisiones de este intérprete no estarán legitimadas por el orden normativo positivo y no serían válidas en términos del propio sistema jurídico.

Además, la norma generada —en virtud de que es un proceso de interpretación de diversas disposiciones— se podría considerar “nueva” en razón de que la decisión tomada de acuerdo a la controversia puesta de contexto puede considerarse como una regla ahora para el sistema dada por una norma o regla dada fuera del sistema.

Este aspecto ha sido llamado por Romero Martínez¹²⁵ como la afectación al principio democrático, ya que un intérprete al tomar una decisión mediante la figura de la ponderación, interviene ilegítimamente en las competencias que la constitución reserva para otros poderes del propio Estado, y que establecen sus criterios con una legitimidad dudosa, no lo que la constitución dice, sino lo que debería decir, según la ideología del intérprete.

Coincidente con ello, Habermas¹²⁶ ha dicho que vista desde la tesis positivista de la separación la “materialización” del derecho trae consigo una “remoralización” en la medida en que la argumentación jurídica ha de abrirse a argumentos concernientes a

¹²⁵ Romero Martínez, Juan Manuel. *Estudios sobre la argumentación jurídica principialista. Bases para la toma de decisiones*, UNAM, México, 2015, p. 225.

¹²⁶ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6ª edición, editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 319.

principios morales y a argumentos concernientes a objetivos políticos que relajan la vinculación lineal de la justicia a lo previamente establecido por el legislador político.

En suma, las características del positivismo jurídico tales como la separación entre las disposiciones jurídicas y las cuestiones axiológicas en su aplicación —escepticismo axiológico— apostando por una preocupación obsesiva del saber científico objetivo, mediante un sistema jurídico completo, coherente y jerárquico, que proclama como su centro de predominio la ley y una confianza a ultranza en los silogismos de una autoridad competente, se ha relajado, toda vez que los principios jurídicos permean en su contenido valores y fines y el papel del interprete en sus justificaciones hacen demostrable esta cuestión.

Ahora, la presencia de los principios jurídicos ha creado inestabilidad a esa confianza objetiva positivista, privilegiando a la prudencia —del interprete— como saber concreto y circunstanciado, la cual se fundamenta en la razón práctica que nos ofrece una perspectiva de un quehacer reconstructivo del intérprete y del sistema jurídico, mediante una centralidad a manera de una presencia omnicomprendensiva de la constitución, que moldea un tipo de razonamiento con justificaciones racionales para lograr un sentido de la justicia de manera sustantiva, es decir, de un Estado Constitucional de derecho.

CAPITULO III

PRINCIPIOS JURÍDICOS Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En todo discurso de los modelos de aplicación del derecho necesariamente están inmersos conceptos que inciden en sus plausibles resultados, es decir, los modelos presentes alrededor de este proceso decisonal se hayan invariablemente afectados por la concepción que se tenga de los elementos que lo conforman, como la visión que se tenga de la construcción de conceptos en el Derecho, si se está conformada en una visión jus positivista o una visión no positivista; además, del papel que desempeñan los principios jurídicos, la argumentación jurídica en la interpretación o aplicación del Derecho expresada en decisiones de justicia que atienden a fines o individuales o colectivos, y sobre todo, en la eficacia de esa decisión en la teoría del derecho.

Todos estos elementos conforman una realidad fáctica y formal, un planteamiento desde la racionalidad práctica y la racionalidad formal necesaria en la fundamentación de las teorías.

Además de ello, los fines que persiguen las normas constitucionales ofrecen una dualidad confusa. Dualidad entre los fines individuales y los fines colectivos o sociales.

Así las cosas, todo modelo o teoría científica debe resistir la contraposición de contextos y perspectivas, uno de ellos es el contexto sociológico o realista, o también llamado de la racionalidad práctica en donde el intérprete es el centro de una actividad legitimadora. Entonces, la idoneidad de un modelo de Estado de Derecho Constitucional que se llame principialista está en relación directa con la función judicial.

Si observamos a un intérprete desde una posición, se asume un postulado “el de la libertad del sujeto de la acción”, libertad de elegir entre las alternativas ofrecidas por diferentes sistemas simbólicos interiorizados y exteriorizados; en este caso de las normas, los principios jurídicos y las reglas en un sistema jurídico dado, su discurso es un acto que manifiesta o expresa valores, orientaciones normativas que lo configuran indefectiblemente. El análisis de ese discurso se reduce entonces al análisis de contenido, es decir, en pretender detectar la presencia de actitudes y valores en los razonamientos del sujeto del acto.

Por el contrario, si analizáramos ese discurso desde una posición ideológica como la estructura generadora de prácticas significantes, entonces, el juez individuo ve sus actos determinados por la específica posición que ocupa en las redes de relaciones sociales y jurídicas y, por lo tanto, su discurso o razonamiento aparece como determinado también por esta posición. En ese sentido, el derecho sería un producto social, y por ende sus resoluciones serían una reproducción de un producto social más que un acto individual y libre.

Ante ello, en estos dos contextos inciden los postulados que dan fundamento a un Estado Constitucional de derecho, toda vez que el intérprete es el eje principal en ese escenario plagado de múltiples alternativas teóricas y posturas doctrinarias. Él es que debe elegir entre un complejo escenario qué posición tomar y, por ende, justificar y demostrar mediante argumentos jurídicos que principios jurídicos tomar en cuenta, qué fines perseguir y, con ello dar certeza y seguridad jurídica.

Por otra parte, se ha dicho y así se ha manejado y sostenido con Guastini a lo largo de este trabajo, que una norma es el resultado de un proceso de interpretación que se obtiene de diversas disposiciones —positivas o no—, es entonces el resultado del sentido y la comprensión que el intérprete al dotar de significado, a un cuerpo de disposiciones, de principios jurídicos y de reglas, la cuestión a dilucidar es desde una perspectiva teórica normas jurídicas positivas o morales, en fin, lo que se pretende, lo que se busca, el objetivo a seguir es regular la conducta humana.

Si esto es así, el intérprete —dentro de un sistema jurídico— al emitir una decisión ha de tomar una posición de acuerdo a ciertos patrones de interpretación, sin embargo, esa toma de postura o posición implica necesariamente haber elegido entre un modelo individualista o un modelo colectivo y a su vez la elección de ciertos valores axiológicos.

Los principios jurídicos —se sostiene—, funcionan como justificadores y eslabones en la argumentación jurídica del intérprete en ese proceso de razonamiento justificativo o, bien, ser el resultado de ese proceso, lo que implicaría una actividad científica del juez, y en ese proceso es que se entrelazan las disposiciones jurídicas o morales de un determinado sistema.

Esto trae como consecuencia que se tenga que hacer uso de un lenguaje en donde el intérprete, con fines de certeza científica, tenga que distinguir el tipo de principios jurídicos

que usa y en razón al tipo de fin que se persiga, es decir, el aplicador del derecho puede usar postulados o meta normas a fin de verificar la existencia de un derecho o, por el contrario, hacer observables los rasgos subjetivos en juego, es decir, verificar el cumplimiento de ciertos estándares procesales como deberes propios de un sujeto político inherente del sistema. O de otra manera, hacer comprensibles los valores axiológicos inmersos en una controversia y en las distintas disposiciones jurídicas usadas en la concreción de un fin jurídico.

Ese fin jurídico puede presentar dos aristas. Puede ser un fin individual o un fin colectivo. Un fin individual que sólo tenga presente la individualidad y la particularidad en la concreción de ciertos derechos llamados humanos, cuyo énfasis estriba en mantener la funcionalidad de esa entidad biopsicosocial en un centro de atención y cuidado, al respecto, este discurso es el que ha presentado como centro de atención a los derechos llamados tautológicamente “humanos” o fundamentales; y la segunda arista, el derecho como sistema de su protección de intereses o fines sociales o colectivos.

Rodolfo Vigo es el jurista que ha presentado un contexto actual sobre el tema que se está planteando, puesto que en distintas obras hace referencia al análisis del modelo de un Estado de Derecho Constitucional, y cuyos elementos y características han permitido dar explicación y fundamento a las externalidades que resultan contrarios a postulados juspositivistas, sobre el todo el concerniente a la intromisión de la moral como derecho y sobre todo, el papel del intérprete u operador del derecho bajo sus postulados.

En particular, interesa entonces analizar la aplicación del derecho con una finalidad justificatoria dentro de un “Estado principialista”. El aplicador o intérprete enlazado a un sistema jurídico usa principios jurídicos mostrando un cierto parámetro de validez de razonabilidad, ello en sentido dialéctico, es decir, con procesos discursivos que buscan el convencimiento o consenso de una determinada postura mediante la presentación de argumentos con la finalidad de dar razones sustentadas en criterios de disposiciones legales o no.

Al respecto, se ha considerado principialismo al modelo de Estado Constitucional de derecho “principialista”, así lo afirma Raúl Ruiz quien al respecto dice:

Se entiende (cualquiera que sea su manifestación: en la lógica, la ciencia, la moral, el derecho, etcétera) como todo aquel esquema de razonamiento que tienda a

recurrir a proposiciones fundantes de racionalidad cerrada, abarcativos, con pretensión de infabilidad y mediante los cuales se oriente en las soluciones a los problemas que en una primera instancia no se tienen y que, en una última instancia se resuelven con una exigencia de universalización, es decir, que el postulado se cumpla por el mero hecho de otorgar el mismo tratamiento a todos los casos que se ubiquen en un supuesto igual, independientemente de su carácter *prima facie*. Es decir, bajo el modelo de validez y de coherencia que se propone, a un modelo de razonamiento por parte de cualquier intérprete o aplicador del derecho que en su estructura argumentativa haga uso de los principios jurídicos¹²⁷.

En este escenario, Rodolfo Luis Vigo ha desarrollado premisas en las cuales debe sustentarse un modelo de Estado de Derecho Constitucional, por ello, se desarrollara en este apartado dichas tesis.

3.1. De las tesis de Rodolfo Luis Vigo

La primera de sus tesis hace referencia a los principios jurídicos y señala “La absoluta incompatibilidad entre ‘iuspositivismo’ y ‘principios jurídicos fuertes’.”¹²⁸

La segunda de sus tesis radica en sostener y afirmar la importancia actual de la teoría de la interpretación, en donde “Los derechos humanos contenidos en los principios del derecho orientan y legitiman intrínsecamente la creación jurídica”.¹²⁹

Una tercera tesis sostiene que “La corrección de un razonamiento práctico emitido por el operador del derecho se hará teniendo en mira en qué medida la decisión jurídica final e individual consagra o no contradice a los derechos humanos.”¹³⁰

Y, por último, una cuarta tesis que sostiene es la referente a que “Una teoría fuerte de los principios desemboca naturalmente en cierta judicialización de la teoría jurídica.”¹³¹

El discurso que se ha presentado es acerca de la tendencia en la protección de los derechos llamados humanos, además los fines existentes en el contenido normativo ponen en el centro de la polémica el uso de los principios jurídicos, tanto dentro de la

¹²⁷ Ruiz Canizales, Raúl. *Razonamiento jurídico, casuística y bioética*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Querétaro, México, 2014, p. 231.

¹²⁸ Vigo Rodolfo Luis. *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Porrúa, México, 2016, p. 278.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 294.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 294.

¹³¹ *Ibidem*, p. 296.

estructura argumentativa de razonabilidad del intérprete como desde la justificación de los postulados no juspositivistas que observan el regreso del jus naturalismo racionalista.

En este contexto, si un intérprete aplica o usa en su razonamiento principios jurídicos, de inicio, estará actuando acorde al sistema jurídico dentro de las propias reglas y disposiciones establecidos acorde a la adscripción competencial para conocer de las controversias jurídicas y, de conformidad con la división de poderes —funciones— de un Estado democrático de derecho.

Sin embargo, si se usan principios jurídicos extra sistémicos o contruidos, que están fuera de ese sistema jurídico, se tiene que las decisiones de este intérprete no estarían legitimadas por el orden normativo positivo en términos de ese sistema jurídico.

Además, la norma generada —en virtud de que es un proceso de interpretación de diversas disposiciones—, se podría considerar ‘nueva’ en virtud de la decisión tomada de acuerdo a la controversia puesta de contexto y, por ende, excediendo de las funciones propias de un Estado legal de derecho.

Aunado a lo anterior, cuando se habla de la ciencia del derecho necesariamente se estaría haciendo referencia a la creación de principios jurídicos como una forma de demostración de la sistematización de los conceptos creados y compuestos por los interpretes del derecho.

Además, de la existencia de los principios jurídicos en el tipo de razonamiento justificatorio como uso que los distintos tipos de intérpretes le dan en las decisiones, se pudiese observar una pragmática sistematización de los criterios interpretativos, así como una prevalencia de la razón práctica jurídica.

Así las cosas, cuando se aplican principios jurídicos, uno de los problemas, *prima facie*, que se encuentra, estriba en el modo de su formulación, y uno de esos sentidos que interesa para este trabajo no es el relativo a la falta de prescripción de los comportamientos y consecuencias, sino en el modo final de su aplicación, es decir, como se usan: justificando fines individualistas o fines colectivistas.

Esos fines normativamente relevantes se pueden identificar con los que tienen por objeto cuestiones individuales, tales como los llamados derechos de primera generación, y de

igual forma con fines colectivos, en donde se encuentran los derechos de segunda y sucesivas generaciones.

De facto y de jure pueden ocurrir distintos tipos de controversias entre estos tipos de fines, los cuales la dogmática ha desarrollado diversas explicaciones y justificaciones centrando su punto en formas justificativas de ese discurso que avizora un marco interpretativo principialista en un Estado Constitucional de Derecho.

Dentro de las diversas formas justificativas, existen desde las perspectivas tendientes a desarrollar la ponderación, un test de proporcionalidad o test de razonabilidad, e incluso, se ha hecho referencia a ciertos principios jurídicos que funcionan como un tipo de meta normas, es decir que regulan la aplicación de otros principios jurídicos o reglas, a los cuales se les ha denominado postulados, como aquellas categorías metódicas que imponen condiciones que deben ser observadas en la aplicación de otros principios.¹³²

En suma, se tiene un contexto en el cual la línea teórica se ha desarrollado bajo una experiencia vivida por los actores sociales como son los operadores o intérpretes del derecho, siempre bajo cierta perspectiva teórica, misma que funciona como camino sobre el cual transitar de manera segura y viable, trayendo como consecuencia una relativización del conocimiento jurídico.

Ahora lo que se pretende es analizar una realidad que ha sido creada como producto de prácticas discursivas complicadas, no sólo desde una perspectiva del sentido común, objetivista y empírico del operador del derecho, sino que, además, partiendo de esa actividad mental que se da por preexistente junto a un lenguaje simbólico que ha generado un sentido colectivo mediante la interacción social.

Además, los intérpretes están frente a varios escenarios novedosos. Por una parte, se describía la función de un operador en un Estado Legal de Derecho, ahora se parte de la construcción social generada por varios operadores en un Estado constitucional de derecho. Al aplicar el derecho usará disposiciones jurídicas o deónticas (axiológicas o morales) que buscan una conducta en específico del individuo, justificando fines individuales o fines colectivos y, por ende, evidenciado un sentido colectivo sobre el

¹³² Ávila, Humberto. *Teoría de los principios*, Laura Criado Sánchez (trad.), 10a edición, ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, Madrid, España, 2011, p. 64.

derecho y además demostrando con ello esa concepción dinámica del derecho y de la sociedad.

Esto trae como consecuencia la generación de algunas interrogantes, tales como ¿qué elementos genera el discurso del Estado de derecho constitucional en los interpretes del derecho?, ¿cuál es la relación del discurso del Estado de derecho constitucional con la posición del interprete?, ¿qué relación tiene el discurso del Estado constitucional de derecho en relación a los fines individuales y colectivos a seguir por el intérprete?

Es por ello que en este capítulo se busca como objetivo realizar un análisis sincrónico de las condiciones de interpretación de un operador del derecho en un Estado constitucional de derecho.

3.2. De la tesis de la separación del jus positivismo y no jus positivistas

De inicio, la primera tesis de Rodolfo Luis Vigo¹³³ hace referencia a los principios jurídicos y señala ‘La absoluta incompatibilidad entre “iuspositivismo” y ‘principios jurídicos fuertes’.

Esta afirmación la hace tomando como referencia el desarrollo de lo que él llama el Estado Constitucional de Derecho, como un modelo que está dando respuesta a cuestionamientos que en términos de la teoría del derecho no encajan con el jus positivismo.

Sobre todo, el referente a la justificación de la existencia del Derecho, se sabe que uno de los postulados jus positivistas afirma que el Derecho solo es el creado por el Estado —por uno de sus poderes— de manera más o menos consensuada, y expresado en disposiciones jurídicas como fuente única del derecho.

Por el contrario, un Estado principialista o también como es llamado un ‘Estado constitucional de derecho’, ha surgido de la necesidad de la concreción de los derechos humanos establecidos a manera de principios jurídicos en disposiciones jurídicas positivas o no, es decir, que estas disposiciones pueden tener un fundamento extra legal

¹³³ Vigo Rodolfo Luis. *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Porrúa, México, 2016, p. 278.

y, además en esa concreción de los derechos es donde se ha estimado la creación de derecho por medio de los intérpretes u operadores del derecho¹³⁴.

Entonces, el uso o idoneidad de los principios jurídicos es parte fundamental de inicio para lograr esa concreción de los derechos humanos. Por ello, Vigo establece varias premisas que permiten entender su postura desde lo que se considera como el realismo jurídico.

Dice Vigo que “Los principios jurídicos fuertes serían los principios del derecho o principios en sentido estricto de todo derecho, mientras que, a los otros principios constituidos como tales a consecuencia de algún acto humano con capacidad para ello, los llamaremos los ‘principios débiles’ o ‘principios en sentido amplio’”.¹³⁵

Entonces, la esencia de los principios jurídicos en sentido fuerte, implican recuperar para el derecho el sentido último que explica y justifica su existencia, que él no es un mero medio técnico en donde sólo importa su perfección sistemática. Los principios remiten el derecho a la antropología, o, mejor dicho, a lo que es más probablemente humano, o sea, su eticidad, su felicidad y su buen vivir y convivir.¹³⁶

Los principios jurídicos como las normas operan en el derecho como reglas o medidas o medidas jurídicas, en tanto pueden emplearse a los fines de determinar si una cierta conducta es jurídicamente obligatoria, prohibida o permitida. En consecuencia, en nuestra terminología llamamos al género “reglas jurídicas”, que está compuesto por las especies de los principios —fuertes y débiles— y de las normas.¹³⁷

De las anteriores premisas es necesario hacer diversas aclaraciones. Primero, el referente al sujeto sobre el cual recae la acción de interpretar, es decir, el intérprete u operador del derecho. El principal recae en la figura del juez, puesto que dentro de la red

¹³⁴ En este sentido la postura del realismo jurídico cobra vital importancia, es el mismo Rodolfo Vigo ha señalado que “por supuesto que a la razón práctica del realismo no le preocupa solamente responder por lo que es el derecho, sus fundamentos y fines intrínsecos, sino también asume la responsabilidad de ir determinándolo racionalmente en tiempo y espacio, hasta alcanzar a definir e imperar la conducta justa (moral) concreta e irrepetible. Pero en esos niveles del saber práctico —sustancial y procedimental— hay una cierta unidad y orden, de manera que no caben los casuismos sin reglas, ni los universalismos sin casos, pues la prudencia (razón práctica circunstanciada) se constituye en el puente de esos extremos”. *ibídem*, p. 222.

¹³⁵ *Ibídem* p. 279.

¹³⁶ Vigo, Rodolfo Luis. *Jusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Porrúa, México, 2016, p. 288.

¹³⁷ *Ibídem* p. 280.

institucional estadual existen operadores que sin pertenecer a un poder judicial “interpretan” el derecho.

El segundo punto, el sentido normativo referente a la situación de los principios jurídicos, ya sea como pertenecientes o no a un sistema jurídico positivo, y además desde la perspectiva óptica dependiendo de la conducta esperada por el sujeto al que se aplican.

La línea de desarrollo seguida por Rodolfo Luis Vigo es la referente a ese criterio de pertenencia, es decir, del fundamento de los principios jurídicos, puesto que a los interpretes que sostienen que su fundamento no está en las disposiciones jurídicas positivas de un sistema jurídico determinado los llama no positivistas o meta positivistas que reconocen una cierta juridicidad intrínseca.

Entonces, ésta pretendida justificación del fundamento del derecho que no tiene su origen en los postulados jus positivistas, al interpretar una norma a manera de un principio jurídico fuerte puede presentar las siguientes características:

- a) Una disposición jurídica que se presente con la cualidad de injusta, por esa razón pierde su validez.
- b) Los principios en sentido fuerte explican por sí solos el surgimiento de todo derecho. Es decir, pasado el criterio de legalidad y certeza, deviene un derecho que resulta preexistente por sí solo, que mide al derecho positivo deducido o creado. Tal como la tesis que sostiene el fundamento antropo-ontológico del derecho y, además, cuestiones axiológicas que permiten una valoración moral del derecho, en función de la necesidad de concreción y de ajustamiento a problemas o casos nuevos o renovados.

En suma, la referencia a principios jurídicos que hace el autor, es una combinación sistemática de los principios positivos del derecho, los principios implícitos del derecho, los principios extra sistémicos y los principios nombre al que se ha hecho referencia en el capítulo anterior, sin hacer diferenciación expresa a los principios construcción del derecho.

Lo anterior significa que parte del problema de la separación teórica entre las posturas fundamentales que explican el derecho, radica en parte en el problema del uso de los

principios jurídicos indiferenciados, lo cual en nada contribuye a una consistencia teórica del derecho.

3.3. Del modelo de Estado de derecho constitucional

En la segunda de sus tesis presentadas por Rodolfo Vigo¹³⁸, parte de un análisis entre lo que llama el Estado de derecho legal y el cual identifica con los postulados del jus positivismo, y por otra parte a contra luz el modelo de Estado de derecho constitucional, al que adscribe las perspectivas no jus positivistas, y además “Cuando se habla de un estado de derecho constitucional se formula una concepción acerca del derecho, del Estado y del perfil del jurista funcional a los mismos.”¹³⁹ Es decir, todo modelo debe contener un elemento óntico, epistemológico y metodológico.

Si se sabe que un modelo representa la funcionalidad teórica de un conjunto de conceptos que permiten la comprensión de un fenómeno, en palabras de María Teresa Yurén Camarena: “La ciencia, continuamente se hace referencia a los modelos científicos que pueden entenderse abarcando las tres significaciones: representan la teoría, muestran las condiciones ideales en las que se produce un fenómeno al verificarse una ley o una teoría y, por otro lado, constituyen una muestra particular de la explicación general que da la teoría.”¹⁴⁰

Entonces todo modelo necesita desarrollar los conceptos teóricos necesarios para ejemplificar esas condiciones ideales en las cuales una estructura teoría responde, justifica y explica una realidad fáctica por ello, partiendo desde el concepto que se tenga del derecho, del propio individuo, los principios, los valores, así como también de ciertas características necesarias en la aplicación del derecho como lo son la prioridad en el uso de esos principios jurídicos; y además de ciertos elementos tales como la constitución como fuente del derecho y la publicización del derecho, los cuales forman parte de ese modelo.

3.2.2. El derecho como modelo

Es decir, cuando hablamos del derecho, un modelo como el constitucional, debe contener elementos que permitan observar la naturaleza de la realidad del derecho, así como la

¹³⁸ Vigo, Rodolfo Luis. *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2012.

¹³⁹ Ídem, p. 323.

¹⁴⁰ Yurén Camarena, María Teresa. *Leyes, teorías y modelos*, Trillas, México, 2006, p. 56.

relación entre el intérprete y la norma y el modo en que se aplica el derecho en función de un contenido ideal e incluso utópico, que marque la finalidad intrínseca o explícita de una perspectiva teórica como lo puede ser el jus positivismo o jus naturalismo o desde la visión de un paradigma.

En este sentido, las condiciones teóricas de existencia de este modelo de derecho se pueden apreciar en las discusiones dentro de la fundamentación ético-jurídica o iusfilosófica de los Derechos, y de la cual puede establecerse una doble camino o visiones, que determina dos líneas de respuesta completamente opuestas y que, por así decirlo, atraviesan o recorren toda la historia del pensamiento filosófico-jurídico. Esa doble vía corresponde a dos grandes corrientes de pensamiento y que, sin pretender ahondar en el fundamento de estas líneas discursivas, sólo se resalta la cuestión fundamental de su contraposición teórica.

La corriente iusnaturalista, encierra en su seno la existencia de una gran cantidad de escuelas: tomista, escuela del derecho natural racionalista, neotomismo, marxismo humanista etcétera. Esta corriente tiene carácter metafísico y afirma fundamentalmente la naturaleza jurídica de lo que hoy se ha renombrado como los derechos humanos.

Para esta corriente de pensamiento el fundamento del derecho y, consiguientemente de los derechos humanos, está en que éstos corresponden "per se", a la naturaleza humana. De ahí que ese fundamento se encuentre en lo peculiar de la naturaleza humana respecto de los demás seres: en especial su dignidad. Pero, dado que por dignidad se entiende la condición por la que se merece algo. Para evitar caer en una definición circular, el iusnaturalismo afirma que aquello por lo que el hombre se hace merecedor a todos estos derechos es la libertad, que supone racionalidad, posibilidad de autodominio, comunicación, amor y solidaridad.

La corriente juspositivista, que encierra -al igual que la corriente iusnaturalista- gran cantidad de escuelas tales como: normativismo legalista, etcétera.

Para esta corriente de pensamiento el fundamento jurídico de los derechos se encuentra exclusivamente en las mismas normas de derecho positivo que los reconocen.

Lejos de pretender analizar el fundamento teórico de estas doctrinas, se da cuenta del énfasis en los fines que persiguen cada una, mientras que la postura jus naturalista

destaca la posición del individuo como centro de atención del Estado y del propio derecho positivo —entre otros—, la vertiente jus positivista enfatiza la posición del Estado frente al individuo, obviamente estableciendo criterios de justificación colectivistas. Un ejemplo de ello se puede observar en las diversas exposiciones de motivos cuando una ley se publica y entra en vigencia, se usan frases tales como “el orden público” o el “interés colectivo o general” seguido de las ‘razones del Estado’.

Del concepto de Hombre

Siguiendo a Vigo, desde una visión antropológica, se refiere al Hombre, circunscribiendo la contemporaneidad del concepto. Afirma que, para lograr su desarrollo, apela a grupos sociales y, que se torna un problema complejo y misterioso que reclama una atención contextualizada, comunitaria e integral esa convivencia en donde surgen conflictos que el derecho debe resolver.

Y que la convivencia del mismo en lo que llama sociedades plurales implica la existencia de ciertos débitos para con los otros que comparten nuestra cosmovisión, no sólo existe, sino que llega a tener más eficacia que el derecho.

Se observa que el fundamento sobre su postura de la posición de este individuo que vive al lado de los demás en una serie de relaciones complejas, implica un deber ser, que, al compartir ciertos fines, se podría afirmar como esa “obligatoriedad moral” que constriñe a cooperar en conjunto cada individuo con los demás.

Esto implicaría un cierto alejamiento con la explicación causalista del incumplimiento de las reglas positivadas, es decir, de la sanción, y se evidencia un indicio de una fundamentación cooperativa de un individuo egoísta que, coincidente con ciertos principios jurídicos o no, para logra ciertos fines comunes.

Así mismo, el individuo se haya dentro de una estructura social en donde se generan un sinfín de interacciones que inciden en el campo del Derecho, puesto que cada individuo tiene sus propios fines y medios para su propia autodeterminación y desarrollo, frente a una colectividad que pregona las mismas cualidades, y en donde los escenarios ofrecen alternativas de elección a este individuo.

El derecho de los principios o valores

En lo que respecta los principios como Derecho, bajo este modelo de Estado de derecho constitucional, enfatiza Vigo la diferencia de los existentes como normas positivizadas dentro de un orden jurídico y los existentes fuera de dicho sistema u orden, puesto que a estos últimos se los puede invocar porque están implícitamente establecidos por el legislador, y su clarificación es por medio de un proceso de inducción o generalización creciente y, recurriendo a Robert Alexy, son contenido moral y forma jurídica, y ellos constituyen mandatos de optimización en cuanto reclaman la mejor conducta según las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas.

Como se desprende, la dualidad del origen de los llamados principios jurídicos que dan sustento a un modelo constitucional, se puede observar que se encuentran en una obligatoriedad positiva o axiológica. Lo que se destaca para este trabajo, es que, en ambos casos, ambas cuestiones se encuentran implícitas en el texto positivo, y que a su vez al ser usado por el intérprete se ofrecen más escenarios, son el resultado o son el proceso del acto de interpretar, es decir, se sigue hablando de los principios positivos, implícitos, extra sistémicos y nombre del derecho.

Esto lo corrobora en otra de sus obras, en donde afirma que:

“el iusnaturalismo de por sí, y más allá de sus distintas versiones, supone el reconocimiento explícito o implícito de ciertos principios o preceptos o fines que, al menos en su versión clásica o tradicional, se los descubre como constitutivos de la naturaleza y del orden humano, los que representan el fundamento y la medida de lo que debe ser el derecho positivo.”¹⁴¹

Como se observa, las condiciones bajo las cuales esta visión se justifica implican, de inicio, considerar la esencia intrínseca del ser humano como individuo frente a los demás en un determinado grupo social, y que las creaciones de ese grupo social en tanto son entendidas como Derecho en dos de sus facetas, tanto como norma positiva y norma moral, en ambos casos, surgen del acontecer fáctico de lo social, y de manera formal del sentido de convivencia.

Sin embargo, es texto positivo el de las disposiciones que el aplicador del derecho usa, aplica e interpreta, y, que, al tomar una posición, la expresión de su justificación

¹⁴¹ Vigo, Rodolfo L. *Interpretación jurídica: del modelo juspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, editores Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2006, p.112

representará un discurso orientador de qué normas positivas sistémicas o extra sistémicas necesariamente deben regresar al conducir al fin que es el individuo.

Y que, de esa dualidad interpretativa que implica la toma de posición o postura, es que se pretende buscar las consecuencias que genera y generarán a futuro si es que el fin fundamental es el individuo.

Otra de las consecuencias que ha generado este tipo de discurso estriba en el tipo de fórmulas o contexto semántico en el cual se han establecido los principios jurídicos o principios generales del derecho, puesto que en el sistema mexicano se puede observar una consistencia neutra¹⁴², en el sentido de la disposición positiva y la significación de la norma, así, como lo afirma Gerardo Ribeiro:

“Por significación propongo la usura lingüística o la producción del texto derivada de la relación arbitraria entre significante y significado que no es más que el signo lingüístico. El sentido es, para efectos de este trabajo, la construcción de un universo semántico coherente y consistente con lo sugerido por el signo lingüístico.”¹⁴³

Si esto es así, el significado como resultado de un proceso de interpretación del operador del derecho permite la filtración mediata de criterios iusnaturalistas o axiológicos en la aplicación del derecho.

Además, se observa entonces un redimensionamiento del poder judicial por sobre los otros poderes, puesto que esa racionalidad que exigen los presupuestos de un modelo de Estado constitucional derecho que permite la descripción neutra de principios jurídicos inmersos en su sistema, necesita que los jueces u otro aplicador del derecho pueda identificar el significado de un principio jurídico y distinguir ambos contextos teóricos, aunado a una reciprocidad entre fines individuales o fines colectivos.

Y en esto no abunda el autor, el énfasis en los fines resulta prioritario en este trabajo, por ello se debe recordar que para comprender el sentido de los fines entre ambas posturas teóricas se recurrirá a Max Weber¹⁴⁴, quien ha explicado que la comprensión requiere la referencia a la acción humana, ya como medio, ya como el fin imaginado por el actor o

¹⁴² Confróntese el capítulo V parte II de Vigo, Rodolfo Luis. Interpretación jurídica: del modelo juspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas, editores Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2006.

¹⁴³ Ribeiro Toral, Gerardo. *Verdad y argumentación jurídica*, Porrúa, México, 2009, p. 3.

¹⁴⁴ Weber, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, edición preparada por Johannes Winckelmann, FCE, México, 1992, p. 8.

actores y que orientan su acción. Es decir, mientras se observe un significado normativo común en la aplicación de disposiciones jurídicas con sustentos axiológicos sobre los derechos humanos se tiene lugar una comprensión de semejantes objetos.

Así, la comprensión equivale en todos estos casos a haber captado el sentido o conexión de sentido que ha sido construido científicamente mediante la categorización de los fenómenos frecuentes que así los han plasmado, para exponer cómo se desarrollaría una forma especial de conducta humana, si se hiciera con todo rigor con arreglo al fin construido, sin perturbación alguna de errores y afectos y de estar orientada de un modo unívoco por un solo fin.

Tan es así que, para comprender y captar el sentido de los fines de los principios jurídicos, como por ejemplo el de "igualdad jurídica" o el de "los pactos son sagrados", implicaría analizar de inicio sus distintas construcciones conceptuales, sin encontrar errores en la aplicación de los mismos. Desdeñando cualquier valoración relativa o subjetiva de un solo actor, es decir, se requiere verificar la construcción científica de esos principios de forma aristotélica.

Se puede concretizar que, desde los fines interpretados de una disposición jurídica, siguiendo a Weber, éste debe plasmar una acción como orientación significativamente comprensible de la propia conducta del individuo y que sólo existe para nosotros como conducta de una o varias personas individuales. Esto quiere decir, que existen fines para el intérprete y fines para cada individuo, y que, a su vez, estos fines estarán vinculados con las relaciones a las que dirigen, para los individuos en sí, para el propio Estado e incluso para el propio intérprete.

Además de esos fines positivos, el lenguaje usado en los conceptos que integran el texto descriptivo de los mismos, generan una consideración funcional de estas estructuras; la interpretación de la acción implícita o explícita en la disposición debe prever el importante hecho de que aquellos conceptos empleados tanto por el lenguaje cotidiano como por el de los juristas, son representaciones de algo que en parte existe y en parte se presenta como un deber ser en la mente de los individuos, la acción de los cuales orientan realmente, y de la orientación en los intérpretes o aplicadores del derecho, es decir, las representaciones sociales.

Esto implicaría, siguiendo a Weber, que esas representaciones, en cuanto tales, poseen una significación causal en el desarrollo de la conducta humana concreta. Sobre todo, como representaciones de algo que debe ser (y también que no debe ser).

Además de lo anterior, si se tiene en cuenta que, al lado de esos motivos, por lo menos para una parte de los actores aparezca ese orden como obligatorio o como modelo, o sea, como algo que debe ser, acrecienta la probabilidad de que la acción se oriente por él y eso en un grado considerable. Y si agregamos a eso que la decisión de los interpretes o aplicadores del derecho es otra garantía para la acción individual orientada por ciertos fines que presentan algo de valía para el significado de la acción social.

En otra de sus obras, Weber¹⁴⁵ añade un elemento más a los fines aquí analizados, cuando dice que “Todo análisis intelectual de los elementos últimos de la acción humana dotada de sentido va unido a las categorías de fin y medios. Lo que es susceptible de tratamiento científico es la pregunta por la idoneidad de los medios para conseguir un fin dado”.¹⁴⁶

Cuando se hace referencia a los medios con los que se logra determinado fin, necesariamente estamos entrando en el terreno del contexto metodológico de un tipo de razonamiento o conocimiento científico y por ende de un ejercicio de razonabilidad en donde el elemento central de análisis es la prioridad dada a un principio jurídico, en otras palabras, es la forma en la que se debe concretar un principio jurídico.

De la prioridad práctica en los principios jurídicos

Volviendo al análisis original sobre los elementos de Rodolfo Vigo, y en lo que respecta a la cuestión sobre la pretendida prioridad que se da de manera inherente al proceso de razonamiento del intérprete, el punto de análisis es la prioridad práctica entre este tipo de principios jurídicos —en su interpretación y aplicación— y la cual presenta la siguiente característica:

El criterio general de prioridad que sugerimos, es el de escoger por el principio más cercano o directamente vinculado al caso o situación jurídica planteada, ello con la salvedad que luego reiteraremos de armonía con los principios jus naturales.

¹⁴⁵ Weber, Max. La objetividad del conocimiento en la ciencia social y en la política social, Joaquín Abellán (editor), Alianza Editorial, Madrid, 2009.

¹⁴⁶ *Ibidem* p. 70 y 71.

Conforme a tal pauta, en primer lugar, se aplican los sectoriales y luego los sistemáticos, es ése el sentido del camino que el jurista debe recorrer en la esfera del derecho vigente en una sociedad, aunque indefectiblemente debe considerar todos los principios y no agotar su análisis a los juspositivos, pues puede ocurrir que falten los sectoriales y entonces funcionarán los sistemáticos y ante la ausencia de éstos se recurrirá a los principios jusnaturales.¹⁴⁷

Al respecto tenemos que Rodolfo Vigo, sólo se limita a establecer una serie de pasos para el intérprete, como si se tratase únicamente de decir cómo llegar a un lugar a manera de un GPS¹⁴⁸, pero deja la pregunta fundamental sin contestar: Por qué o para qué llegar a ese fin o fines, y deja sin respuesta la principal pregunta, con qué tipos de principios jurídicos, puesto que solo señala que existen principios llamados sectoriales y principios sistemáticos y, en su defecto o falta de precisión, se acude a los principios jus naturales.

Recordemos que Alexy establece que cuando hagamos referencia a la pretendida prioridad de entre los principios del derecho no existe un criterio único orientador.

Un discurso es una empresa colectiva. Sin embargo, la teoría del discurso no expresa, en absoluto, ningún ideal colectivista. Que los individuos tengan que discutir unos con otros para ser racionales es una expresión del ideal de que todas y cada una de las personas deben ser tomadas en serio. Lo que es verdad en los argumentos racionales acerca de cuestiones jurídicas o políticas tiene implicaciones para las respuestas que se den a tales cuestiones. Mi tesis es que el resultado de un discurso racional sería un sistema de derechos fundamentales que incluya una preferencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los derechos colectivos.¹⁴⁹

De lo anterior podemos resaltar lo siguiente: el sentido resultante de la aplicación de los principios jurídicos que se obtiene mediante la justificación de los fundamentos intrínsecos de la elección que realice el intérprete, elección que es directamente proporcional al fin elegido.

¹⁴⁷ Vigo, Rodolfo L. Interpretación jurídica. Del modelo juspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas, Rubinzal-Culzoni. Editores, Argentina, 2006, p. 127.

¹⁴⁸ Del inglés GPS siglas de *global positioning system* 'sistema de posicionamiento global'. Sistema que permite conocer la posición de un objeto o de una persona gracias a la recepción de señales emitidas por una red de satélites. En Diccionario de la Real Academia Española.

¹⁴⁹ Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*, 3a edición, FONTAMARA, número 30, México, 2006, p. 40.

En este contexto, este modelo de Estado de Derecho constitucional pretende establecer cierto tipo de fines, más allá de los establecidos por el Estado Legal de Derecho, ahora mediante el reconocimiento implícito de cuestiones axiológicas justificadas por el jus naturalismo, estas visiones representan ahora una bifurcación teórica para los intérpretes y operadores del derecho que impacta en el tipo de decisión que se tomé, ya sea con una postura de reivindicación del individuo frente al Estado o de la colectividad frente al Estado y al propio individuo.

En el capítulo segundo se estableció una taxonomía cuyas pretensiones están en relación directa con la clarificación de los distintos tipos de principios de acuerdo a su origen y contenido, quedando de la siguiente manera:

1. Los principios jurídicos de derecho.
2. Los principios jurídicos implícitos de derecho.
3. Los principios jurídicos extra sistémicos.
4. Los principios jurídicos nombre.
5. Los principios jurídicos contruidos.

Con relación a esta clasificación los principios a los que se refiere Vigo, los principios sectoriales y sistémicos, están dentro de la clasificación de los principios jurídicos del derecho, principios jurídicos implícitos del derecho; ello en razón de que la existencia parte de lo establecido en las disposiciones jurídicas existentes en un sistema jurídico, ya sea en disposiciones secundarias, constitucionales o convencionales y que la dogmática ha elaborado para dotar de existencia a las figuras e instituciones jurídicas existentes.

Lo anterior trae como consecuencia el indicio de un patrón de interpretación para el intérprete, ya que implica, a manera de pasos, la verificación (dentro de un sistema jurídico) de la existencia de sub principios que regulen, primero, una materia específica, ya sea en leyes secundarias, para posterior a ello, si es que no resuelve la elección en la decisión, pasar a un principio que jerárquicamente se ubique superior a ese principio sectorial como tal en la constitución o de manera convencional.

Sin embargo, no abona esta postura claridad en el sentido y comprensión del uso de principios, puesto que la aplicación de los propuestos con Vigo está en relación directa con su existencia —tal como lo expresa— en disposiciones jurídicas positivas vigentes.

La segunda objeción efectuada a Vigo, radica en la falta de precisión sobre los fines que pudiera perseguir el intérprete y los establecidos explícita o implícitamente en las disposiciones jurídicas, puesto que la razón práctica pudiera satisfacerse con el criterio por él apuntado, sin embargo, consideraciones como la consecución de un fin moral o axiológico por el intérprete de manera personal (como lo podría ser una concepción de justicia kantiana) y que esta decisión se encuentre justificada aparentemente encubierta por un principio jurídico.

Cuestiones como la anterior, es a la que descripciones actuales sobre el discurso de la justicia deben perfilarse. Las impresiones semánticas, así como la ambigüedad en los términos en los que están expresados los principios jurídicos permiten la escabullida de cuestiones axiológicas a las bases del jus positivismo, permitiendo coexistir en un mismo plano teórico la moral y la ley. Estos modelos pretenden justificar este fenómeno, tales como el neo constitucionalismo, pos positivismo, elaboran estructuras que explican esta flexibilidad en algunas premisas del positivismo jurídico y dan pauta a lo que autores como el propio Rodolfo Vigo, citando a Andrés Ollero, han llamado una “jurisprudencia de los principios”.¹⁵⁰

En este escenario, resulta necesario cimentar una base sólida que permita la justificación de esta flexibilidad práctica, para ello se retoma a Max Weber quien, entre otras cosas, describe ciertas pautas a seguir cuando en las decisiones tomadas por algún operador del derecho se vean inmiscuidos criterios de valor, cuestiones axiológicas o morales. En este sentido se hace hincapié en la característica de objetividad en un conocimiento que se precie por ser científico:

“En primer lugar, la obligación de hacer notar siempre a los lectores y a uno mismo cuáles son los criterios con los que miden la realidad y desde los que se deduce su juicio de valor.

La segunda obligación de la imparcialidad científica es precisamente explicarles a los lectores en esos casos (y sobre todo a uno mismo) *cuándo* deja de hablar el

¹⁵⁰ Ollero, Andrés. “Interpretación del derecho y positivismo legalista”, citado por Vigo, Rodolfo. *Interpretación jurídica: del modelo juspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, editores Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 129.

investigador y comienza el hombre que expresa sus deseos, *cuándo* los argumentos se dirigen al entendimiento y *cuando* al sentimiento.”¹⁵¹

Esto implica que el intérprete, en la estructura argumentativa en donde justifique su decisión definirá el vocablo “moral” que use, en relación a su sentido de justicia o de equidad, es decir, la explicitación del uso de los términos debe ser parte fundante de la justificación externa del argumento del intérprete, si trasladamos esto al término de los principios jurídicos, se impone el deber “científico” al intérprete de mostrar que tipo de principio jurídico está usando para perseguir un fin determinado.

La distinción del tipo de discurso en el intérprete es fundamental y como tal esta cuestión no se expresa como es el caso en las resoluciones judiciales, sino que la razón práctica ciñe ese tipo de “actos” a la explicación de los alcances y las consecuencias hacia los individuos afectados o beneficiados por esas resoluciones.

“El campo de trabajo de las ciencias no se basa en las estructuras “objetivas” de las ‘cosas’, sino en la estructura de índole conceptual de los problemas: surge una ‘ciencia’ nueva cuando se estudia un nuevo problema con un nuevo método.”¹⁵²

El discurso racional inmerso en una decisión de un operador del derecho, en la estructura argumentativa, en las premisas que sostengan sus afirmaciones o negaciones, usan los conceptos elaborados por las ciencias, pero ahora aplicado a un modelo de Estado constitucional de derecho. La ética usa su propio marco conceptual para justificar y explicar su contenido, presenta su propia metodología y presenta sus propios fines, como lo es regular una conducta humana de manera individual. El Derecho coincide con este fin. Los métodos son distintos, pero la objetividad científica es única.

El marco conceptual propio de cada ciencia es diferente, no es el objetivo fundamental de este trabajo realizar una descripción sobre dicho tópico, pero sí tener presente estos marcos interpretativos para la identificación que realice cada intérprete del derecho en sus decisiones, es decir, tanto del jus positivismo, como del no positivismo como lo llama Rodolfo Vigo.

¹⁵¹ Weber, Max. *La objetividad del conocimiento en la ciencia social y en la política social*, Joaquín Abellán (editor), Alianza Editorial, Madrid, 2009, pp. 83 y 84.

¹⁵² *Ibidem* p. 99.

Porque entonces la cualidad de objetividad para el modelo de Estado constitucional de derecho, retomando a Max Weber "...quiere decir un conocimiento desligado de todos los valores y al mismo tiempo totalmente racional, es decir, un conocimiento monista de toda la realidad y liberado de todas las accidentalidades individuales, con un sistema conceptual de forma matemática y de validez metafísica."¹⁵³

En esta tesitura, metodológicamente, en la interpretación y aplicación de los principios jurídicos existe la ponderación, la cual es descrita como una técnica que permite transparentar el uso de valoraciones axiológicas, y señala Josep Aguiló:

Lo que supone un cambio fundamental es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. Las reglas no se entienden como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las han dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental. El cambio central está, por tanto, en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo solo a su expresión (porque no son sólo manifestaciones de voluntad) sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos.¹⁵⁴

Es decir, las razones subyacentes salen a la luz en la decisión del interprete, esas razones subyacentes generalmente se identifican con el contenido intrínseco de las disposiciones jurídicas, los derechos humanos.

Una premisa fundamental que se propone y se sustenta es que la racionalidad científica de una decisión de un operador del derecho está en relación directa con la precisión explícita de los principios jurídicos —conceptos— que justifiquen la adecuación de fines individuales y colectivos con los medios estatales y particulares.

Toda vez que, como lo afirma Max Weber¹⁵⁵, los conceptos no son la meta del conocimiento, sino medios para el fin del conocimiento, de las relaciones significativas desde una perspectiva concreta: precisamente porque el contenido de los conceptos

¹⁵³ *Ibíd*em p. 133.

¹⁵⁴ Aguiló Regla, Josep. *Sobre derecho y argumentación*, Lleonard Muntaner (editor), Palma de Mallorca, 2008, p. 20.

¹⁵⁵ Weber, Max. *La objetividad del conocimiento en la ciencia social y en la política social*, Joaquín Abellán (editor), Alianza Editorial, Madrid, 2009, p. 175.

históricos es necesariamente variable, tienen que estar formulados en cada caso con precisión.

Se tiene entonces que una decisión de un intérprete del derecho, debe ostentar la característica de la objetividad en su estructura argumentativa. Al respecto, se tiene una de las críticas efectuadas a la idea expresada, es hecha por Romero Martínez, quien expresa que:

“En Weber se observa que existe la idea de tipos de racionalidad y razonabilidad. En el ámbito económico, Weber ha tratado, entre otras, de la racionalidad formal y la sustantiva; la primera, relativa a la calculabilidad de medios y procedimientos, y la segunda, referente a postulados o valores que orientan y dan significado a la acción.”¹⁵⁶

Crítica precisamente sustentada con base en el uso de la palabra ‘medio’, la cual como se observa fue usada por Max Weber para justificar ciertas relaciones en la materia económica, pero lo que interesa aquí es, para el conocimiento científico, los operadores del derecho. Quienes, con la clarificación de los términos y usos conceptuales en un marco justificativo determinado, estarán en igualdad de condiciones cognitivas para comprender el sentido del lenguaje usado.

Ya Jürgen Habermas confirma estos elementos intervinientes en un contexto de comprensión del sentido de las decisiones de los intérpretes:

“Sólo la razón reducida a la facultad subjetiva del entendimiento (*Verstand*) y de la actividad con arreglo a fines se ajusta a la imagen de una razón exclusiva que cuanto más aspira a elevarse triunfalmente, más se desarraiga a sí misma, hasta marchitarse finalmente y caer víctima de su oculto origen heterogéneo.”¹⁵⁷

Los conceptos o ideas expresados mediante un lenguaje no son exclusivos de las disciplinas que los crean, sino que en virtud de la interdisciplinariedad de las ciencias y de las controversias complejas emanadas de la realidad factual, hacen necesaria la comprensión generalizable de este tipo de lenguaje.

¹⁵⁶ Romero Martínez, Juan Manuel. *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, UNAM, México, 2015, p. 65.

¹⁵⁷ Habermas, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*, editorial Taurus Humanidades, Frankfurt, 1989, p. 363.

El trabajo de deconstrucción, por más que sea la furia con que se lleve a efecto, sólo puede tener consecuencias especificables si el paradigma de la autoconciencia, de la autorreferencia que caracteriza al sujeto que conoce y actúa en solitario, es sustituido por otro —por el paradigma del entendimiento—, esto es, de la relación intersubjetiva de individuos comunicativamente socializados y que se reconocen recíprocamente.¹⁵⁸

En suma, mientras el fenómeno propio de la decisión judicial emanada de un intérprete del derecho, como conocimiento jurídico que pretende especificidad, el entendimiento común sobre el objeto de ese tipo de conocimiento —a manera de postura teórica— trae como consecuencia el establecer una relación entre los sujetos que pretenden ese conocimiento —sujetos al modelo de Estado constitucional de derecho—, y presentar ese tipo de conocimiento, en este caso decisiones tomadas por medio de los principios jurídicos como un producto, para que sea reconocido o no por este tipo de comunidad debe ostentar objetividad, sin embargo, esto aún no resuelve la dilemática contraposición teórica entre jus positivismo y no positivistas.

La equidad

Retomando a Rodolfo Vigo, el concepto de equidad para un Estado constitucional de derecho, funciona como un elemento subsidiario o adjetivo en el derecho positivo que busca la seguridad, en tanto lo decisivo es que éste determine y procure lo justo, pero fundamentalmente que no transija con una injusticia extrema, evidente o inequívoca. De este modo el gran esfuerzo de los juristas se orienta a la equidad, o sea a la justicia del caso que, como señalaba Aristóteles, es el mejor o más perfecto modo de justicia¹⁵⁹, en otras palabras, es la justicia 'del caso' que se resuelva o interprete.

El uso de este vocablo en el contenido de las decisiones de los operadores del derecho implica un punto de toque común para los fines de los modelos jus positivista y jus naturalista, tanto la legalidad busca la justicia, como la justicia necesita la legalidad para demostrarse como razonamiento y como razones para actuar.

En este punto se comprende la necesidad de contextualizar la casuística en función de la actividad del intérprete, en un contexto global y cultural, esto se explica por medio de los patrones de interpretación que al efecto han sido creados de manera consensuada,

¹⁵⁸ *Ibidem* p. 368.

¹⁵⁹ Vigo, Rodolfo Luis. *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2012, p. 330.

se enfatiza, por los jueces como los principales operadores e intérpretes del derecho que usan la equidad como medida de justificación para mostrar la balanza de interpretaciones, funciona además como un catalizador que permite la preminencia aun mayor de posturas no positivistas.

Al respecto en el siguiente capítulo se habla de esta característica del Estado constitucional de derecho como una meta norma que permite la interpretación de un sistema jurídico.

La constitución como fuente del derecho

En el Estado constitucional de derecho, afirma Vigo, la constitución es una fuente del derecho, y representa una pretendida superioridad jurídica por los operadores del derecho. “Nada del derecho vigente queda al margen de la constitución, especialmente de sus valores y principios, y así todo el derecho se “impregna” de ellos o se constitucionaliza.”¹⁶⁰

La idea de supremacía constitucional ha traído la constitucionalización de las reglas y principios jurídicos con fines individuales y colectivos que potencializan los conflictos normativos, a la par de generar las reglas del juego de la competencia social y política, prevén la base teórica y práctica para afirmar la eminente judicialización del derecho, en donde la garantía jurisdiccional da equilibrio al concepto de supremacía en el antagonismo de legalidad contra constitucionalidad sumada a un concepto de equidad que permite “axiologizar” una decisión.

En suma, la principal referencia a principios jurídicos se realiza “desde” la constitución y la interpretación que de la misma hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tan es así que de las cinco clasificaciones que se ha hecho de los principios jurídicos, en todos los diversos autores tratados necesariamente hacen referencia a la constitución como el “origen” de los mismo, circunstancia que ya ha sido discutida con antelación en el sentido de que los únicos y verdaderos principios jurídicos lo son los que han sido generados a manera de construcción.

La publicización del derecho

¹⁶⁰ *Ibidem* p. 333.

Aunado a lo anterior, afirma Vigo, el rol del Estado en este contexto ha acrecentado las razones de su intervención en la producción de reglas posibilitándolas con esa garantía judicial. En este punto, señala que:

“Los derechos humanos de segunda y tercera generación implican el compromiso y la adopción por parte del poder público de decisiones y actividades sin las cuales resulta imposible su satisfacción, incluso ahí está implícito el riesgo de tener que asumir la responsabilidad del Estado ante tribunales internacionales por la falta de eficacia de los tratados firmados”.¹⁶¹

Esta perspectiva ha cambiado la forma de pensar sobre la inmutabilidad del derecho que venía a colación de la pretendida seguridad jurídica, ahora éste presenta una concepción dinámica, derivado de la variabilidad de las decisiones y sentidos de las justificaciones por los operadores del derecho.

Entonces, ante el cambiante sentido sobre la interpretación del contenido de los derechos contenidos en las reglas y en los principios jurídicos, dice Antonio Enrique Pérez Luño:

“...está propiciando uno de esos periódicos ‘renacimientos’ o ‘eternos retornos’ del Derecho Natural. Se asiste en los últimos años al replanteamiento de tesis, tácita o *expressis verbis*, neojusnaturalistas que invocan los clásicos argumentos esgrimidos por los autores del Derecho Natural racionalista de la ilustración como ideología informadora del orto del Estado de Derecho: existencia de derechos anteriores y superiores al Estado, cuya validez no deriva de haber sido positivados, es decir, promulgados por vía legal... y c) exigencia de instrumentos jurídicos con garantías reforzadas para la tutela de los derechos.”¹⁶²

Así las cosas, de la semántica y del sentido de los principios jurídicos y de su propio contenido encontramos los indicios para las bases de replanteamientos que permitan explicar y justificar estos fenómenos, bajo un paradigma del constructivismo social y por ende el realismo jurídico como teoría del derecho.

Es decir, esto ha permitido generar explicaciones que critican la teoría de la voluntad soberana del Estado Legal, así como retomar una explicación instrumental del derecho,

¹⁶¹ *Ibidem* p. 334.

¹⁶² Pérez Luño, Antonio-Enrique. *Historia de los derechos fundamentales. capítulo VI: las generaciones de los derechos humanos*, Tomo IV: Siglo XX, Vol. 1, Libro 1, Editorial Dickinson, 2013, p. 365.

definir normas con respecto a la pertenencia a un sistema y sobre todo, con la que se ha estado trabajando a lo largo de este trabajo, con la introducción de criterios de corrección como proposiciones científicas.

La reflexión sobre el contenido de los derechos “humanos” en los postulados de los distintos principios jurídicos hace re-pensar sobre los derechos en serio y sobre su eficacia, en un contexto en donde los fines promovidos por los principios jurídicos ya sea individuales como colectivos y los medios empleados por el Estado constitucional de derecho por medio de sus operadores genera diversos cuestionamientos, en relación al ejercicio simultáneo de las facultades jurídicas de los individuos y las situaciones jurídicas contrapuestas que se puedan presentar.

El ejercicio de los derechos y la forma en la que el Estado intervienen para su cumplimiento ha gestado hoy día lo que Ernesto Rey Cantor llama un Estado Constitucional de la solidaridad.

“La ubicación histórica de la gestación de los derechos humanos inexorablemente está inserta en distintas formas históricas del Estado: Estado moderno (absolutista), Estado de derecho liberal Estado constitucional, Estado de derecho social –Estado bienestar–, y con este proceso histórico se cristaliza la formulación del constitucionalismo medieval, del constitucionalismo moderno, del constitucionalismo liberal, del constitucionalismo social y del constitucionalismo de la solidaridad.”¹⁶³

Un Estado de derecho constitucional de la solidaridad está emparejado teóricamente con las tesis de las generaciones de los derechos humanos, vistos desde un inicio como categorías históricas de las subjetividades en contextos temporales y determinantes, que lejos de quedar en un simple ensayo académico con aplicaciones pedagógicas, pretende establecer categorías de fines individuales y colectivos plasmados mediante principios jurídicos y una posible suposición de coordinación entre los mismos.

Bajo este contexto, esto genera el siguiente conflicto: un Estado liberal postula la tesis de que el derecho garantiza el ejercicio de un catálogo de derechos individuales básicos y filosóficamente trascendentales tales como la libertad, la dignidad, la vida, entre otros. La no injerencia arbitraria e ilegítima por el derecho permitía un Estado de Derecho basado

¹⁶³ Rey Cantor, Ernesto. *Las generaciones de los derechos humanos, libertad-igualdad-fraternidad*, 7ª edición, Universidad libre, Bogotá, Colombia, 2011, p. 30.

en la certeza y seguridad, mediante la existencia de derechos de defensa cuya titularidad está depositada en el individuo frente a un sujeto pasivo que es el Estado, quien presentaba el deber de no injerencia o una actitud pasiva ante el ejercicio de tales derechos, es decir, se expresaban mediante una obligación de resultado concreto, la obligación de respetar. Y la consagración más encumbrada está en los artículos 3-21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

A este tipo de características corresponde lo que se llama la primera generación de los derechos humanos, cuyo objeto de protección son los derechos civiles: libertades individuales, como por ejemplo el derecho a la vida, integridad física y moral, dignidad, justicia, igualdad y libertad en sus diferentes manifestaciones individuales de pensamiento, conciencia, religión, opinión, expresión y movimiento; los derechos políticos, como por ejemplo los derechos a participar en la organización estatal, elegir y ser elegido y agruparse políticamente.

Los llamados derechos humanos de segunda generación, son los llamados derechos convencionales de libertad más igualdad, así como los derechos económicos, sociales y culturales, tales como la solidaridad social; los derechos económicos tales como derechos a la propiedad individual y colectiva, y seguridad económica; los sociales como los derechos a la alimentación, trabajo, seguridad social, salario justo y equitativo, descanso, sindicalización, huelga, salud, vivienda y educación; y los derechos culturales, tales como los derechos a la participación en la actividad cultural, beneficiarse con la ciencia y tecnología, e investigación científica.

La justificación surgida con motivo del modelo de un Estado Social de Derecho radica en que la dignidad humana exige condiciones de vida sociopolítica y personal que el Estado debe apoyar y estimular.

Esta fue una idea de igualdad universal nacida del pensamiento humanista y socialista del siglo XIX, sustitutiva del Estado Liberal por el Social de Derecho que se proyecta a garantizarlos ante las desigualdades socialmente exhaladas. En estos la titularidad se modifica para recaer en los seres colectivos o asociaciones, y en consecuencia trae el deber para con el Estado de una política activa, de una garantía de ejercicio de derechos de manera que beneficien a un número de individuos, y de políticas de bienestar con la obligación inherente de proteger los derechos individuales.

Este tipo de actuación pretendida por el Estado genera una obligación de lograr con ciertos medios un mayor bienestar a un mayor número de individuos, éstos están consagrados en los artículos 22 al 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Los derechos humanos llamados de tercera generación, implican el ejercicio de derechos tales como el derecho a la paz, derechos de los consumidores, derivados de la esfera de las biotecnologías, derechos derivados de la manipulación genética, derecho a una calidad de vida, a la libertad informática, al desarrollo de los pueblos, a la defensa del patrimonio común de la humanidad.

La justificación está en la erosión o degradación de los derechos fundamentales ante determinados usos de nuevas tecnologías. Al respecto Karel Vasak en 1979¹⁶⁴ decía que estos derechos son exigencias de solidaridad implícitas en temas con factores discriminatorios (económicos, raciales, culturales, religiosos, etcétera) o necesidades futuras en riesgo (medio ambiente sano) de grupos humanos universalizados en tiempo y espacio motivados por una exigencia común: actuar impulsados por el valor solidaridad. En lo que respecta a la titularidad, dado que representa bienes jurídicos que son comunes a una pluralidad de individuos, el derecho es de todos ellos. Esto ha generado nuevos deberes específicos a este modelo de Estado, respetar, proteger, garantizar y promover este tipo de derechos.

Se hace mención de que no existe un consenso sobre las subsiguientes generaciones de los derechos humanos, es decir, una cuarta, quinta o sexta. Al respecto se menciona que una posible cuarta generación implica la progresividad de los derechos, los derechos a la democracia, a la información y al pluralismo, derechos del olvido, derechos sobre la manipulación genética, a visitar el patrimonio histórico y cultural de la humanidad y las reivindicaciones futuras de otros derechos. Se señala que la quinta generación responde a los derechos tecnológicos y una sexta a los derechos humanos científicos.

En suma, los distintos tipos de derechos subjetivos responden al desarrollo social de un individuo en sus distintas facetas, los fines seguirán siendo los mismos, individuales o colectivos, cuando la titularidad de los mismos y el deber del Estado de protegerlos se sume en una sola ecuación.

¹⁶⁴ Vasak, Karel. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos, Serbal-UNESCO, Barcelona, 1984, v. I, p. 15.

Por el contenido propio de estos derechos existen sus detractores, quienes sostienen premisas tales como: a) que el propio derecho fundamental a la vida pertenece a todas las generaciones y es civil, político, económico, social, cultural, prácticamente universal, como lo es la libertad y sus diferentes expresiones; b) que no tiene precisión histórica del surgimiento de los derechos de cada una de sus generaciones; c) que la visión generacional implica el surgimiento de una generación y la extinción de otra, porque está referida a la vida de un período y ésta llega en un momento a extinguirse; y, d) que es propensa a la atomización de derechos y padece vacíos.

De estas críticas dos cosas son rescatables para nuestro tema, ante las nuevas formas de titularidad de los derechos. Existen, primero, nuevas posiciones subjetivas de legitimación de los individuos, así como la injerencia de la sociología y del realismo en la aplicación del derecho y además, se presentan en un lenguaje positivo a manera de principios jurídicos.

Es decir, la necesidad de que el Derecho como discurso teórico haga partícipe de las explicaciones de la naturaleza, de la aplicación y eficacia del derecho a otras disciplinas teóricas, conformando como producto un sistema de interrelaciones conceptuales para explicar y comprender la casuística en la aplicación del derecho.

Ello, más que la existencia de criterios clasificatorios de derechos, arrojaría estándares de aplicación del derecho y normas de acción para los jueces, una evidencia más de que el derecho evoluciona y se nutre de la realidad e historia del hombre.

En este sentido, entonces las decisiones de los operadores del derecho, además de estar en un estado de dependencia del texto de las disposiciones jurídicas (como pretendía el Estado de derecho legal) y, además de que los contenidos del derecho en el Estado de constitucional de derecho imponen la exigencia de fines sociales de bienestar del individuo, es decir, ponen en una misma disposición jurídica fines individuales y colectivos, se puede afirmar que el andamiaje conceptual y teórico necesariamente debe atender a premisas ofertadas por otras teorías y disciplinas, como ya se mencionó.

Con todo lo anterior ahora se puede afirmar que el Estado constitucional de derecho tiene cuadro deberes específicos con relación a los derechos humanos, los cuales se han positivizado en el articulado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que es necesario señalar, toda vez que implican “principios” positivizados que sirven de puente entre las posturas teóricas señaladas con antelación.

Se tiene de inicio el deber específico de respetar y proteger, y esto implica mantener determinada situación jurídica de un individuo, absteniéndose el Estado de violentar la esfera de los derechos humanos de primera generación.

Mientras que el tercer y cuarto deber específico implican el garantizar y promover la posición de un individuo frente a otros u otros individuos y en relación al propio Estado, es decir, implica un hacer positivo para el Estado constitucional de derecho de mejorar progresivamente los derechos de los individuos.

Si esto es así, los principios jurídicos que se usen necesariamente deben estar focalizados y tener como punto de partida el individuo y velar por la mejora de la posición con respecto a los demás.

Por consecuencia, este modelo de Estado constitucional de derecho representa ya las bases para las directrices de interpretación por parte de los operadores del derecho, que, usando los principios jurídicos implican un ejercicio de justificación de lo individual frente a lo colectivo.

Sin embargo, esta cuestión lejos de aclarar el uso de los principios jurídicos dentro de determinado modelo, implica nuevos cuestionamientos en la teoría de la interpretación por parte de los operadores del derecho que tienen ante sí diversos fines, diversas metodologías y diversas formas de comprender el sentido epistémico de los mismos.

3.4. De la tesis de la importancia de la teoría de la interpretación jurídica

De nuevo siguiendo la línea general de este trabajo a Rodolfo Vigo, para un Estado constitucional de derecho destaca el nuevo nombre de la interpretación, el de argumentación jurídica.

“Pero está claro que mientras la interpretación era una tarea mecánica y de subsunción, la argumentación supone elegir de entre las respuestas disponibles en el derecho vigente para el caso concreto, y brindar los argumentos justificatorios de esa elección que permiten postularla como la que corresponde triunfar en la contienda.”¹⁶⁵

¹⁶⁵ Vigo, Rodolfo L. *Interpretación jurídica. Del modelo juspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal-Culzoni (Editores), Argentina, 2006, p. 336 y 337.

Es la argumentación jurídica el medio por el cual se transparenta la decisión tomada, por la cual se justifica una decisión ofrecida por un operador del derecho en la cual se ha inclinado, en un conflicto de fines derivados de los principios jurídicos, cuál ha de prevalecer y, sobre todo, por qué se ha considerado el de mayor importancia, a efecto de satisfacer las exigencias de un tendiente judicialismo.

En este contexto se tiene el siguiente panorama. La decisión del interprete al echar mano de los principios jurídicos, ante una incoherencia de sus fines o al resolver un conflicto normativo, éstos funcionan a manera sustitutiva, es decir, frente a un esquema de razones yuxtapuestas el uso de los principios jurídicos por el intérprete no es el mismo que la subsunción tratándose de reglas. En este sentido Humberto Ávila ha desarrollado ésta idea clarificándola de la siguiente manera.

La argumentación jurídica en un modelo constitucional de derecho presenta una forma diferente de teorizar los principios: en vez de rendirse al argumento de las autoridades, opta por la autoridad de los argumentos. En efecto “la doctrina constitucional vive, en la actualidad, la euforia de lo que se convino en llamar Estado Principiológico... la euforia de lo nuevo terminó acarreado algunos excesos y problemas teóricos que han inhibido la propia efectividad del ordenamiento jurídico.”¹⁶⁶

3.5. De la tesis del criterio de corrección del interprete

En esta tercera tesis de Rodolfo Vigo, se hace referencia al tipo de contenido asignado a una o varias disposiciones jurídicas ubicadas de manera constitucional o convencional, a manera de principios que asignan derechos con fines individuales o colectivos, ya que señala que “En definitiva, lo decisivo es analizar a qué argumentos o justificativos apelan los juristas —especialmente los jueces— para fundar o sostener sus afirmaciones contenidas en el respectivo discurso argumentativo.”¹⁶⁷

En otra de sus obras enfatiza su tesis al señalar que “En efecto, los derechos humanos contenidos en los principios del derecho orientan y legitiman intrínsecamente la creación

¹⁶⁶ Ávila, Humberto. Teoría de los principios, Laura Criado Sánchez (trad.), 10a edición, ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, Madrid, España, 2011, p. 25.

¹⁶⁷ Vigo, Rodolfo L. De la Ley al derecho, Porrúa, México, 2012, p. 337.

jurídica.”¹⁶⁸ La necesidad de la corrección en los argumentos y ahora sobre el contenido de los mismos, es parte de lo que Robert Alexy ha señalado en el sentido de:

“... la necesidad de la corrección está basada en una necesidad práctica definida por una relación de medio a fin. En este sentido, tiene un carácter teleológico. La necesidad de la pretensión de corrección resulta de la estructura de los actos y del razonamiento jurídicos. Tiene un carácter deontológico. Hacer explícita esta estructura deontológica implícita en el derecho es una de las tareas más importantes de la filosofía del derecho.”¹⁶⁹

Ya en su momento Manuel Atienza señaló que en el campo de la argumentación jurídica a que se hace referencia cuando hablamos de la corrección “plantearse la cuestión de la corrección de los argumentos significa plantearse el problema de cómo distinguir los argumentos correctos de los incorrectos, los válidos de los inválidos.”¹⁷⁰

En otras palabras, ya la lógica estableció la “forma” en que debían presentarse las premisas para llegar a una conclusión “correcta”; ahora, bajo este modelo de Estado constitucional, en donde la argumentación jurídica usada por el intérprete es fundamental, la corrección está en relación directa con la concreción de los derechos llamados humanos.

Y esta concreción está relacionada entonces con la coherencia entre la justificación de la decisión, los argumentos usados y, sobre todo, el seguimiento del contenido sustancial de un derecho llamado humano.

La coherencia, entonces, es un elemento fundamental para el modelo del Estado constitucional de derecho, citando nuevamente a Humberto Ávila¹⁷¹, quien ha desarrollado un postulado hermenéutico llamado de la ‘coherencia sustancial’, que impone al intérprete, entre otros deberes, la obligación de relacionar las normas con las normas que le son de manera sustancial formal o materialmente superiores.

¹⁶⁸ Vigo, Rodolfo L. *Jusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Porrúa, México, 2016, p. 294.

¹⁶⁹ Alexy, Robert. “La naturaleza de la filosofía del derecho”, Carlos Bernal Pulido (Trad.), *Associations Kiel*, Universidad Christian Albrecht de Kiel, 7, 2003. p. 156.

¹⁷⁰ Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, IJ-UNAM, México, 2003, p. 13.

¹⁷¹ Confróntese el capítulo III. Ávila, Humberto. *Teoría de los principios*, Laura Criado Sánchez (trad.), 10a edición, ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, Madrid, España, 2011.

Al respecto dice que cuando existe una relación sustancial, como en este caso, comprende el contenido de disposiciones jurídicas a manera de principios jurídicos sobre los derechos llamados humanos, las proposiciones que como tal se expresen serán coherentes:

- a) Cuanto mayor sea la relación de dependencia recíproca entre las proposiciones y,
- b) Cuanto mayores sean sus elementos comunes... existe cuando las proposiciones tienen significados análogos... esta permite graduación.¹⁷²

En otras palabras, el contenido de disposiciones jurídicas o morales expresadas a manera de principios y usados en los argumentos con los cuales se ha construido una decisión jurídica pueden presentar un tipo de graduación si se trata de derechos llamados humanos.

Y, en consecuencia, una decisión emanada por un intérprete u operador del derecho será coherente si describe y concreta un derecho humano dentro de la justificación de su decisión.

Sin embargo, los fines derivados del contenido de los derechos humanos de primera generación pueden resultar de facto incompatibles con los de ulteriores generaciones. Situación que no responden ninguno de los dos autores.

En el saber práctico de las decisiones de los interpretes aparecen opciones racionales axiológicas —contenido de los derechos humanos— y una preocupación para no perder de vista las particularidades del caso a resolver; por ende, se sostiene la tesis de la pluralidad de respuestas disponibles en el derecho vigente y en el contenido ético derivado de los derechos humanos para los diferentes casos.

3.6. De la tesis de la judicialización de la teoría jurídica

Señala Rodolfo Vigo que “Una teoría fuerte de los principios desemboca naturalmente en cierta judicialización de la teoría jurídica, como lo prueban los autores más importantes que adhieren a aquella distinción cualitativa entre normas y principios.”¹⁷³

¹⁷² Ídem, p. 116.

¹⁷³ Vigo, Rodolfo L. *Jusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Porrúa, México, 2016, p. 296.

En este sentido, los requerimientos de un Estado constitucional de derecho que, entre otras cosas, busca por medio de la argumentación jurídica la concreción de las exigencias de justicia frente a las exigencias de seguridad jurídica, hace necesaria la actuación preeminente de la función judicial. Siendo la función judicial en la cual existe el principal de los intérpretes y operadores del derecho —el juez—, en la que sus decisiones —bajo este modelo— oferta una nueva visión de la aplicación del derecho, en donde los sujetos pertenecientes a esta función son los protagonistas centrales.

Al respecto concuerda Manuel Estuardo Luján Túpez al señalar que:

“Después de todos los análisis me inclino por pensar que los tiempos que vivimos de globalización e intercambio mundial de información, a lo que podemos sumar los procesos de integración regional por medio de comunidades internacionales, nos hacen pensar que el futuro del derecho no se encuentra en la ley, o por lo menos en la legislación omnicompreensiva, sino en la jurisprudencia o al menos en una práctica jurídica de legislación mínima.”¹⁷⁴

La búsqueda del Derecho con fines de seguridad jurídica y de justicia no está ya en las disposiciones jurídicas, sino en las interpretaciones de los operadores del derecho.

“El futuro de la legislación se verá reducido, si acaso no desapareciera tendrá que regirse por el principio de mínima intervención. Será entonces la labor jurisdiccional, el quehacer judicial el que cubre gran protagonismo, entonces será los jueces y magistrados los que en ausencia de reglas por tratarse de casos novedosos e incluso que superan las novedades de resolución propuestas por el Derecho internacional, quienes se conviertan en los verdaderos hacedores del derecho, al menos en tanto no entendamos la habitabilidad del planeta y su conservación como una acción solidaria conjunta de alcanzar la felicidad de todos los hombres y de todo hombre.”¹⁷⁵

Los interpretes en la función judicial son los hacedores del derecho, mediante decisiones justificadas argumentativamente reconceptualizan los contextos de la teórica jurídica. Siguiendo en esta línea se tiene que Zagrebelsky abona a esta idea, al señalar lo siguiente:

¹⁷⁴ Castillo Alva, José Luis, Manuel Luján Túpez y Róger Zavaleta Rodríguez. *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, 2ª edición, Ara Editores, Perú, 2006, p. 362.

¹⁷⁵ *Ibidem* p. 363.

“Una de las vertientes de las discusiones hoy en día está en ‘... lo que está en juego en esta disputa es considerable. Más allá de la decisión, sin duda importante, de los medios para la interpretación constitucional, se advierte que la disputa se refiere directamente a la legitimidad de la participación de las jurisdicciones constitucionales nacionales en la construcción de perspectivas jurídicas de orientación común, tendencialmente universales’...”¹⁷⁶

De igual forma, en la misma línea argumentativa, Michele Taruffo hace mención que el juez desempeña un papel eminentemente político, ya que sus decisiones marcan los derroteros que una sociedad democrática busca mediante valores establecidos en una constitución.

“En esta actividad de interpretación, el juez lleva a cabo una función que es muy creativa porque no se trata solamente de descifrar lo que la norma dice desde un punto de vista literal, sino de atribuirle, una y otra vez, significados diferentes y variables en los que se reflejan valores morales, necesidades sociales, criterios de justicia de los que el juez es portador al realizar su función. Tenemos, pues, que son muchos los aspectos por los que el juez que interpreta el derecho desempeña directamente un papel de decisor político.”¹⁷⁷

Como se puede inferir, el papel de los sujetos judiciales en la interpretación implica un elemento fundamental para el Estado constitucional de derecho, puesto que es el sujeto necesario y preparado para ofrecer a la teoría jurídica los nuevos elementos de interpretación, al generar criterios justificatorios de la aplicación de normas jurídicas y éticas contenidas en los derechos humanos. Esa es una garantía del modelo propuesto, las decisiones en la cuales refleje elecciones hechas con base en la consecución de fines individuales o colectivos tienen una importancia relevante.

3.7. Modelo de Estado de Justicia Social

Al hablar de modelos de Estados, es pertinente la comparación entre los mismos cuando el fin coincide con los postulados que se pudieran proponer, para tal efecto se trabajará

¹⁷⁶ Zagrebelsky, Gustavo. “¿Qué es ser juez constitucional?”, *Dikaion*, Universidad de la Sabana Chía, Colombia, 2006, vol. 20, número 15, p. 160.

¹⁷⁷ Taruffo, Michele. “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, *Isonomía*, número 22, abril 2005. p. 14.

en este apartado las premisas bajo las cuales un modelo de Estado de Justicia Social responde la idea de justicia.

En ese contexto, el Estado constitucional de derecho necesariamente plantea una idea de justicia, los elementos que inciden en esa construcción social radican en la judicialización de la teoría jurídica y la representatividad de la racionalidad del intérprete en sus decisiones.

Por ello, Francisco Cortes Rodas expone este modelo de justicia social bajo el contexto económico, que nos permitirá contextualizar la situación del intérprete en la concretización de un ideal de justicia.

De inicio el autor muestra sobre el tipo de justicia distributiva su tesis: "...el aseguramiento de las condiciones elementales que hacen posible el desarrollo de una vida humana independiente..."¹⁷⁸.

El modelo que describe el autor articula los siguientes elementos:

- a) Equidad social, condiciones para vida independiente;
- b) Libertad, todos puedan disfrutar de sus derechos individuales;
- c) Igualdad de libertad política;
- d) Distribución de los recursos económicos;
- e) Reconocimiento cultural;

Como observamos, estos elementos resultan ser coincidentes con algunos del Modelo constitucional de derecho, puesto que todos ellos están de alguna manera implícitos en los principios jurídicos, el derecho deber ser el instrumento total en la consecución de estos fines mediatos, la responsabilidad social de los intérpretes como se ha dicho, radica en la búsqueda coherente mediante el uso coherente de los principios jurídicos del seguimiento y concreción de derechos con estos elementos básicos.

Sin embargo, ya Cortes Rodas da cuenta de cierto problema, respecto de la afirmación de la prioridad dada a la libertad sobre las exigencias de justicia social en sociedades con profundas desigualdades económicas y sociales.

¹⁷⁸ Cortés Rodas, Francisco. *Justicia y exclusión*, Siglo del hombre editores, Instituto de filosofía de la Universidad de Antioquia, 2007, p. 43.

En otras palabras, este modelo de justicia social pretende una jerarquía de intereses, el valor jurídico de la libertad en situaciones de desigualdad social, y en nuestro contexto, de desigualdad jurídica.

Pero lo importante de este planteamiento, es en determinar o concretar un principio jurídico, es menester identificar el contenido, la sustancia, la materia, el campo de aplicación, respecto de la situación que se pretende resolver.

Por ello, el autor considera que “el derecho a iguales libertades individuales se deduce a partir del aseguramiento de una igual autonomía individual, como núcleo del debido respeto a los otros”.¹⁷⁹

Sigue diciendo que “...La relación entre autonomía y reconocimiento permite mostrar la conexión sistemática entre los niveles formal y material, supuestos en los derechos fundamentales: el aseguramiento de unas condiciones mínimas básicas es necesario para la realización de la autonomía y la libertad.”¹⁸⁰

Es entonces la pretendida autonomía en y los individuos para la determinación de los derechos fundamentales. Es decir, estos llamados deberes específicos de las autoridades deducidas o implícitas en los principios jurídicos tienen a identificar esta cualidad en los individuos para de ahí partir en su análisis de prioridad o prevalencia de algún conflicto entre los principios llamados constitucionales, generales del derecho, axiológicos, principios de la corte, etcétera.

Esta entonces identificado el núcleo de origen de donde partir para establecer al menos de manera indicaría una prioridad en la aplicación e interpretación de los principios jurídicos. Así en consecuencia, afirma Cortes Rodas¹⁸¹:

1. Esto quiere decir que no puede haber ningún derecho universal a la libertad.
2. Los derechos sociales deben servir para asegurar formas de compensación que permitan una distribución equitativa de la riqueza social.

¹⁷⁹ *Ibidem* p. 46.

¹⁸⁰ *Ibidem* p. 47.

¹⁸¹ *idem*

3. La calidad de vida (citando a Amartia Sen debe valorarse en términos de sus capacidades para “lo que pueda realizar”. El valor de la libertad depende de lo que se puede hacer con esa realidad.

3.8. Conclusiones

El modelo de Estrado constitucional de derecho nos muestra un escenario nuevo para los sujetos aplicadores e intérpretes del derecho, en donde se finca la responsabilidad de la justicia en éstos operadores del derecho. ¿el filtro?, sus decisiones, ¿los medios? Los principios jurídicos.

Sin embargo, esto nos permite cuestionar a la justicia como ese valor político pretendido por este modelo de estado constitucional de derecho.

Como se ha dicho la idea de justicia esta inherentemente marcada por cada proyecto de modelo de interpretación del derecho, en esencia, cada orden social debe velar por ciertos intereses socialmente reconocidos por la mayoría como dignos de ser protegidos.

Por ejemplo, como lo ha señalado Cortés Rodas, para el liberalismo la libertad es el valor fundamental que debe ser protegido. “Las condiciones mínimas fueron formuladas en la idea de los derechos fundamentales, cuyo núcleo establece unas normas comunes para la humanidad, con sus consiguientes deberes y responsabilidades”.¹⁸²

Si buscamos la idea de justicia bajo el modelo del Estado constitucional de derecho, entonces se debe pensar que:

“Una teoría de la justicia debe, en primer lugar, analizar y describir las experiencias de injusticia que se dan en nuestra realidad social, para poder pasar, en segundo lugar, a formular que tareas tiene que cumplir una concepción de justicia en la definición de los fines del Estado y de la sociedad”.¹⁸³

Parfraseando las propuestas de Cortes Rodas, el propone que las ideas básicas sobre la idea de justicia con base en principios, se hace notar la correlación analógica entre la

¹⁸² Cortés Rodas, Francisco. *Justicia y exclusión*, Siglo del hombre editores, Instituto de filosofía de la Universidad de Antioquia, 2007, p. 22.

¹⁸³ *Ibidem* p. 22 y 23.

descripción económica que hace el autor y la descripción sobre los operadores del derecho¹⁸⁴, y para logra ello es que debe atenderse a lo siguiente:

Primero, diferenciar el contexto nacional del contexto global de la justicia, ya que las exigencias de la justicia distributiva son asuntos internos que definen las relaciones políticas entre los Estados.

Esta parte implica razones o criterios orientadores fundamentales, para atender a las complejidades presentadas ante los distintos tipos de controversias de naturaleza jurídica y por ende, presentar un esquema de aplicación e interpretación de principios jurídicos, el intérprete atenderá al contexto social factual local, es decir, individualizar la identificación de los principios y por ende la subsunción de las reglas jurídicas.

Si ello se logra, la justicia que se aplique estará directamente en función de la atención primaria del individuo y por ende su protección. Se sustenta que el fin que buscan los principios jurídicos que se han señalado, está en correlación a la protección del individuo en relación al núcleo de sus derechos.

Segundo, ahora combinar los distintos contextos de justicia —local, nacional, global o transnacional— para identificar cómo y porqué las situaciones de derechos humanos constituyen un problema de coherencia y justificación de la justicia principiológica.

Tercero, si se demuestra que hay una relación que vincula de manera necesaria las situaciones de conciliación entre los fines individuales y los fines colectivos, con la certeza en el cumplimiento de los derechos humanos, se estaría en capacidad de:

- a. Establecer la responsabilidad de las políticas públicas;
- b. Calificar como injusto un orden jurídico y político;
- c. Apelar a una reconceptualización de la justicia que suprima desigualdades derivadas de una incorrecta identificación de los principios jurídicos.
- d. Proponer una política inclusiva. (no solo de carácter distributiva, sino que busque la autonomía del individuo.

¹⁸⁴ Se hace notar que se está realizando una comparación de modelos que tienen una misma teleología: la idea de Justicia.

Se habla entonces de indeterminación en el Estado Constitucional de derecho como resultado de las desigualdades de interpretación de los principios jurídicos y por ende una divergencia de concreciones de los derechos humanos.

Si eso es así, entonces se puede mostrar que el conjunto de las instituciones jurídicas de los órdenes jurídicos nacionales como supranacionales han sido y son injustas.

A partir de considerar las consecuencias que resultan de la articulación de estas tres formas, los intérpretes o aplicadores del derecho, desde una perspectiva moral, tienen entonces una responsabilidad fuerte, negativa, frente a la situación que han contribuido a crear.

CAPITULO IV

DE LA INTERPRETACIÓN CON PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

En este capítulo final de la tesis, se pretende sistematizar las bases para un sistema de interpretación de los principios jurídicos y sus distintos tópicos.

Hasta aquí se observa que la idea de principio jurídico y de su aplicación es escurridiza, controvertida y poco clara. No es fácil identificar con precisión las características que nos permitan diferenciar a un principio de una norma, a un principio de una disposición o regla jurídica y si éstas se encuentran ubicadas dentro o fuera de un sistema jurídico determinado y su respectiva validez científica.

Este planteamiento se puede sintetizar en dos cuestiones: primero, referido a un “sentido amplio”, en la significación del contenido de un principio jurídico, en una norma, o, por el contrario, un principio jurídico no es una norma, y por ende los criterios de aplicación y sus efectos varían diametralmente. O en una segunda cuestión: en “sentido restringido”, con referencia a que si los principios jurídicos cuando son aplicados o utilizados por el aplicador o intérprete del derecho, al establecer una decisión en la que pretenda ostentar la justificación de una solución echa mano de principios jurídicos ubicados dentro o fuera de un sistema jurídico predeterminado, lo que en otras palabras se conoce en la dogmática jurídica como la creación de derecho.

4.1. Principios en sentido amplio: los principios son normas.

Como se puede observar, estos primeros elementos de análisis han mostrado diversos puntos de toque entre sí y por ende permeado en la teoría del derecho, pretendiendo justificar todas las actividades jurídicas, así como la metodología en la justificación de los diversos problemas filosóficos que fundamentan y que existen detrás de una decisión jurídica.

Ante ello, se ha presentado un contexto empírico que permea la cuestión fundamental sobre si los principios jurídicos son normas o no en un sistema jurídico determinando.

Se sostiene desde el capítulo dos de este trabajo, que las interpretaciones de los operadores del derecho efectuada mediante los principios jurídicos son normas, y a su vez, cuando los principios jurídicos coincidan en su contenido o núcleo necesariamente

deben entenderse como normas, es decir, toda norma tiende a establecer vía un mandato una pauta de conducta general.

Por ello, la necesidad de la precisión en el uso de los principios y su uso coherente en las consecuencias de las premisas que sustenta el modelo de Estado constitucional de derecho para poder concretizar coherentemente al menos los que se consideran como derechos humanos, la justicia como ya se dijo, está relacionada al seguimiento de esas premisas.

4.2. Principios en sentido débil

En segundo lugar, la distinción entre normas y principios puede ser entendida en un sentido débil: los principios no son más que normas, pero una especie particular dentro del género de las normas, entonces, la distinción entre normas y principios, tiene una connotación ideológica, que puede ser supeditada a finalidades exquisitamente políticas.

Como se observa, el uso que en adelante se le dará al vocablo norma, consistirá primero, en el resultado del proceso de interpretación en la aplicación del derecho, siendo este derecho un conjunto de disposiciones jurídicas, el cual, está conformado por el enunciado (positivo o no) de una fuente del derecho.

Por ende, cuando se hable de los principios jurídicos, estos pueden ser y estar establecidos en disposiciones jurídicas (postulados, reglas) o ser propiamente normas que hayan surgido como resultado del razonamiento científico de dicho aplicador, tal como se ha afirmado respecto de los principios construcción del derecho.

Esta múltiple significación de sentidos de los principios jurídicos a *prima facie* no ayuda a la comprensión del sentido de los principios jurídicos. Puesto que nos presenta el problema de si los principios jurídicos para ser válidos dentro de un sistema jurídico deben estar positivizados, ser el resultado de una interpretación o ser la justificación de ese proceso.

La dogmática jurídica ha establecido diversos caminos que pretenden dotar de explicación a la justificada solución acerca de este problema. Uno de ellos está en relación al consenso sobre los principios jurídicos y las reglas jurídicas.

4.3. Principios y reglas jurídicas

Una evidente crisis del concepto de “seguridad jurídica” derivada de la variabilidad de los criterios emanados en las decisiones judiciales y el surgimiento de modelos tales como el neoconstitucionalismo, ha provocado que los principios jurídicos cobren especial importancia como la alternativa para lograr un derecho justo. Ante esta realidad la doctrina jurídica pone de manifiesto la supremacía de los principios jurídicos sobre las reglas.

Para describir la supremacía de los principios se debe analizar la defensa que de ella hacen los neo iusnaturalistas. Para afirmar su función encauzadora defienden una supremacía ontológica, tratan de hacer justificaciones teológicas y morales al respecto o simplemente cuestiones de razón. De esta manera las explicaciones son tan diversas y tan abstractas, dejando alrededor de los principios jurídicos un aspecto puramente metafísico.

La preeminencia de los principios jurídicos sobre las reglas hace posible que la Constitución pueda cumplir con su función integradora de un sistema jurídico, toda vez que por medio de ellos se pueden expresar fines y valores.

En virtud de que los principios se caracterizan por su alto grado de abstracción, esa característica permite que poco a poco se vayan incorporando nuevos valores o fines al texto constitucional. Fines o valores que atienden intereses, necesidades y derechos individuales y a su vez colectivos.

Si esto es así, entonces la constante aplicación de principios jurídicos consiste en una actividad creadora e innovadora de los valores y derechos contemplados en una Constitución.

Por otra parte, los principios jurídicos como elementos que permiten la inclusión de nuevos y variados valores en un sistema jurídico logran dar una especial flexibilidad en las constituciones rígidas de tal manera que la aplicación del derecho se moderniza y se adecua al momento histórico.

En cuanto a la función, las reglas determinan supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas de manera concreta y explícita. Los conflictos que se presentan entre las normas se resuelven de manera más o menos sencilla con criterios de resolución ya establecidos

tales como la subsunción que ha sido descrita en el capítulo primero de este trabajo. Por su parte, los principios jurídicos sólo proporcionan y condensan razones para la toma de decisiones en un determinado sentido, siendo común que dichos razonamientos entren en conflicto con los emanados de otros principios jurídicos, siendo muy compleja la solución en este contexto.

Los principios jurídicos ponen un límite a la discrecionalidad del intérprete exigiendo un tipo de justificación a partir de valoraciones y concepciones razonadas que atiendan a determinado fin. De no ser así toda justificación sería realizada por el órgano estatal y, razonable o no, tendría que ser obedecida.

El ámbito de aplicación de los principios jurídicos invade el de las reglas. Los principios están presentes en todos los discursos de aplicación del derecho, sobre todo cuando emerge un conflicto, sea de normas o de reglas o principios, en casos fáciles y difíciles. De esta manera los principios son el elemento esencial que siempre está presente en una toma de decisiones.

Independientemente de la técnica que se utilice para solucionar los eventuales conflictos entre principios jurídicos, se requiere de una interpretación de los derechos y bienes jurídicos involucrados, a fin de determinar sus respectivos contenidos y encontrar así una solución al conflicto en el que hayan incurrido al colisionar en un caso concreto.

Por medio de la interpretación se pueden aclarar los contenidos y determinar cuáles son los límites o la regulación que válidamente se puede establecer a su ejercicio. Sin embargo, ocurre que la incorporación de bienes y derechos en la Constitución les atribuye el carácter de normas básicas materiales, lo cual significa que no cuentan por encima de ellas con un marco normativo jurídico válido que sirva de referencia para efectuar la interpretación. Si a esto se añade el alto grado de vaguedad o de indeterminación con que han sido formuladas, y además, si nos percatamos de la naturaleza, el sector o el sistema al que pertenecen estos principios, el problema de la interpretación de derechos y bienes constitucionales se complica.

En este contexto, la resolución de conflictos requiere de un juicio valorativo, dándole *prima facie* una primacía a un derecho o bien jurídico sobre los demás, o en otro caso, para llegar a una solución armónica a una coordinación de derechos y bienes considerados fundamentales que tenga en cuenta la vigencia equilibrada de todos ellos.

Ante esta situación es clara la falta de un parámetro jurídico que indique, en cada caso, qué derecho o bien jurídico ha de preferirse o cómo, cuándo y por qué ha de optarse por una solución equilibrada.

Para que los juzgadores tengan la libertad de actuar sin caer en la arbitrariedad se debe siempre sustentar y motivar su actuación con razonamientos coherentes que tiendan a la aceptación y al consenso, para lograrlo utilizan elementos de la filosofía política y de la concepción moral y algunos criterios de corrección del razonamiento, tales como la adecuación y coherencia señalados en el primer capítulo.

En toda interpretación, y más si se trata de casos en donde estén involucrados derechos fundamentales, así como en toda solución de los conflictos que eventualmente puedan presentarse entre sí o con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, hay una toma de posición, más o menos encubierta, sobre una determinada filosofía política y una cierta concepción moral y por ende subjetiva, pues sobre ellas es que se construye una determinada teoría o modelo de derechos fundamentales. La filosofía moral y política que se siga influirá definitivamente en la interpretación de los derechos y en la solución de las situaciones de conflicto. Es un ingrediente necesario para determinar la preeminencia de un principio sobre otro y los límites de su aplicación.

No es una casualidad que, en este contexto, cuando a los principios jurídicos se los establece en una disposición jurídica, sean llamadas también cláusulas generales. La justicia parecer ser la esencia de todas las cláusulas generales, y además en forma directa, y no, como suele ocurrir en el derecho, mediatizada por reglas. Esto nos conduce a la cuestión de si el legislador en lugar de elaborar constantemente nuevas descripciones de la justicia, no debiera decir, allí donde una cláusula general le parezca inevitable.

En otras palabras, las constantes nuevas descripciones jurídicas positivas atentan contra la ciencia del derecho, ello porque, pareciera que los principios construcción del derecho no alcanzan a responder a la situación fáctica a legislar,

Ello implicaría que, la ciencia del derecho está detenida, que no hay conocimiento científico jurídico nuevo, que solo hay adaptaciones técnicas a las formas que previamente establecidas.

Se ha establecido ya en este trabajo que una norma es el resultado del proceso de interpretación de diversas disposiciones —en esencia jurídicas—, es el sentido, el significado de un cuerpo de disposiciones, de principios jurídicos, de reglas, puesto que, en esencia, en todos éstos casos, se busca regular una conducta humana.

Bajo estas premisas, un principio jurídico o puede ser usado en ese proceso de razonamiento justificativo o bien ser el resultado de ese proceso, y en ese camino se entrelazan las reglas jurídicas de un determinado sistema; por ello, entonces, de inicio se parte de la diferenciación entre el uso de reglas y principios jurídicos existentes en un sistema normativo.

En primer lugar, se tiene que las reglas son disposiciones que permiten una aplicación de todo o nada¹⁸⁵, en otras palabras, si tomamos en cuenta la naturaleza del comportamiento prescrito, las reglas son disposiciones inmediatamente descriptivas cuya característica primordial es la previsión de un determinado comportamiento para el intérprete del derecho, y los principios jurídicos son disposiciones —normas— esencialmente finalistas, ya que establecen un estado ideal de cosas, por medio de valores o normas deónticas —se aclara.

Una segunda distinción parte del tipo de justificación que use el intérprete¹⁸⁶. Las reglas operan a manera de correspondencia, a manera de subsunción entre la disposición normativa que describe un estado prescriptivo de una conducta y la manifestación fáctica de esa conducta; al contrario, para los principios existe la carga para el intérprete de argumentar, decidiendo justificadamente de manera “libre” el contenido de un principio jurídico y sobre todo, su dirección a manera de cumplir un determinado fin.

¹⁸⁵ El tratamiento sobre las reglas que hace Humberto Ávila es el siguiente: 1. No precisan ni pueden ser objeto de ponderación, sino de interpretación; 2. Establecen deberes definitivos, independientes de las posibilidades fácticas y normativas; 3. Cuando chocan dos reglas, una de las dos es inválida o, para superar el conflicto, debe admitirse una excepción a una de ellas; 4. Conforme al criterio diferenciador referente al “carácter hipotético- condicional”, las reglas poseen un elemento frontalmente descriptivo; 5. Bajo el mismo criterio diferenciador (carácter hipotético-condicional) poseen un supuesto y una consecuencia que predeterminan la decisión, que se aplican de acuerdo con el esquema “si, entonces”; 6. Conforme al criterio del “modo final de aplicación” se aplican de modo absoluto todo o nada. 7. Conforme al criterio de “la relación o conflicto normativa” la antinomia entre ellas se resuelve con la declaración de invalidez de una de las reglas o con la introducción de una excepción; 8. Conforme al criterio del “fundamento axiológico” ellas carecen de tal. Ávila, Humberto. *Teoría de los principios*, Laura Criado Sánchez (trad.), 10a edición, ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, Madrid, España, 2011, p. 38.

¹⁸⁶ Se sostiene por el tesista en este trabajo que el intérprete dentro de su aspecto cognitivo tiene un horizonte amplio y completo de comprensión holístico respecto al conocimiento dogmático del derecho y en específico sobre las normas.

A efecto de poder establecer formas por medio de las cuales se pueda advertir una evaluación o eficacia de esa manera “libre” de decisión justificada de un intérprete, se podría decir que una primera forma consistirá en una correlación entre los efectos de una conducta que deba ser adoptada y la realización gradual del estado de cosas exigido, es decir, correlación con determinados fines; una segunda forma, a manera de la concreción de valores individuales o colectivos y, una tercera forma, a manera de que un principio jurídico permita definir o concretar un derecho —humano o fundamental.

Una tercera diferencia entre los principios jurídicos y las reglas, estriba de acuerdo a un criterio que atienda a la contribución de complementariedad de la decisión del operador jurídico en un sistema: los principios consisten en normas primariamente complementarias y preliminarmente parciales para contribuir a la construcción de una decisión; mientras que las reglas, son preliminarmente decisivas y específicas, pretendiendo dar una respuesta específica en la decisión, es decir, los principios ejercen un determinado tipo de función en el sistema jurídico en el cual existen.

Para Rodolfo Vigo, los principios funcionan como un tipo de puente entre los valores y las reglas jurídicas. Los principios son determinaciones o proyecciones al campo del derecho de los valores, de tal manera que para inferir de ellos determinadas conductas es indispensable el respaldo de los valores. El uso de principios jurídicos implica necesariamente conductas con una carga valorativa, coincidiendo el de la voz con la postura no positivista que sostiene el autor.

“Cuando hablamos de principios jusnaturales queremos aludir a esos ámbitos de la justicia natural que determinan y exigen ciertas acciones u omisiones sociales, ellos constituyen el núcleo mismo de lo jurídico inscripto en la naturaleza humana pero, a su vez, requieren de las normas y principios que integran el derecho positivo para adaptarse a las circunstancias históricas, para determinar el medio escogido entre los diferentes posibles, para ganar en claridad y para asegurarse una mayor eficacia social. Es decir, que el derecho natural tiene límites, oscuridades e insuficiencias que exigen esas nuevas determinaciones establecidas por los hombres en que consiste el derecho positivo, cuyo fin es el orden justo a establecer en esa concreta sociedad política en la que rige; el sentido más propio de la fórmula “principios del derecho” es aplicable a estos principios jusnaturales, en cuanto que ellos son de donde deriva en última instancia el derecho.”

“Estos principios en estudio pueden estar explícitamente reconstruidos en el ordenamiento jurídico, pero su respaldo es propiamente ontológico desde el momento en que se sustentan en el ser del derecho, es por ello que valen a pesar de que se los ignore o violen por el derecho positivo, aunque resulte inconcebible plantear una sociedad en donde rijan normas jurídicas que total y sistemáticamente se opongan al derecho natural.”¹⁸⁷

En suma, el sentido de los principios jurídicos es variable, complejo y ambiguo, es necesario hacer una deconstrucción de las distintas perspectivas representativas a efecto de poder consensar este tópico.

En ese mismo sentido, Daniel Mendonca afirma que los derechos no pueden ser bien entendidos como derechos absolutos; ellos pueden ser mejor comprendidos, sin embargo, como derechos prima facie, esto es, derechos que se nos permite ejercer, a menos que sean superados por algún otro derecho. Una vez que hemos determinado lo que resulta necesario para que un derecho sea un derecho absoluto, podemos apreciar que hay muy pocos derechos (si acaso hay alguno) que sean absolutos. La mayoría de nuestros derechos, por lo tanto, son derechos prima facie. Misma característica de la cual gozan los principios jurídicos.

De este modo, los derechos pueden sobrevivir a conflictos entre ellos, aun cuando uno tenga que ceder ante el otro: el conflicto es un conflicto entre dos derechos que importan y no se resuelve eliminado uno de ellos, sino sólo tomando una decisión sobre cuál de ellos importa más en la situación planteada.

De este modo, las cuestiones de balance de derechos no podrían considerarse con propiedad cuestiones de conocimiento; ellas son, antes bien, cuestiones de decisión.¹⁸⁸

En otras palabras, el único rasgo que dota de racionalidad a la interpretación del derecho lo podemos encontrar en la discreción judicial, en la aplicación de los derechos, mediante las distintas normas existentes, sean principios jurídicos o reglas, es decir, evidenciado un alto grado de subjetividad en la decisión sobre un conflicto de derechos, con un criterio de corrección de coherencia, el cual es entendido como de adecuación entre el medio

¹⁸⁷ Vigo, Rodolfo L. *Interpretación jurídica (del modelo juspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, editores Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, pp. 118 y 119.

¹⁸⁸ Mendonca, Daniel. *Los derechos en juego: conflicto y balance de derechos*, editorial Tecnos, Madrid, España, 2003, p. 53-55.

empleado para esa decisión y el fin que se pretende conseguir, se pueden tener las bases para una teoría de la decisión judicial o una teoría de la justicia.

En otras palabras, mostrando explícitamente ese encadenamiento de procesos se puede observar de manera transparente el acto racional de aplicación del derecho (en palabras de Alexy).

O, mejor dicho, la estructura racional de la subjetividad discrecional descansa en cuestiones materiales o de contenido que naturalmente son relevantes cuando se argumenta en contextos que no sean los de las ciencias formales¹⁸⁹.

Sin embargo, encontramos en el requerimiento racional de la postura de Alexy la referencia a principios de adecuación y la necesidad que, metodológicamente usados, deben usarse en la ponderación y, cuyo único criterio de orden o primacía en ese conflicto de derechos lo es el referente que sean derechos fundamentales reconocidos en una constitución.

Hasta aquí un primer acercamiento a un elemento racional de construcción del discurso jurídico, que sea referente al ejercicio de Derechos reconocidos en una “constitución”, es decir, una norma, la cual puede estar expresada a manera de reglas o principios jurídicos, empieza a diferenciar dentro de un sistema jurídico si este tipo de actividad implica dentro de las funciones nuevas para un modelo de Estado constitucional de derechos tienen el carácter de derechos o de deberes para el Estado. Y que la decisión de intérprete debe presentar signos correctivos entre los medios y los fines derivados de las situaciones fácticas en contraposición de las situaciones formales del derecho, eso es lo que se llama por la dogmática como ponderación.

En otras palabras, sigue abierta la puerta sin filtro alguno del libre decisionismo del intérprete o aplicador del derecho. Sólo la correlación constitucional de los parámetros usados en su decisión funcionará a manera de filtro en sus justificaciones hasta este momento.

No existe trabajo alguno que atienda a la explicitar la correlación entre los distintos tipos de principios jurídicos existentes como lo son los principios construcción, los nombre del

¹⁸⁹ Al respecto consúltese la distinción entre criterios de corrección formal y material de los argumentos en Atienza, Manuel. *Las razones del derecho*, IJ-UNAM, 2003, México.

derecho, los extra sistémicos, los implícitos y los positivos del derecho y su coherente aplicación o interpretación dentro de un sistema estadual o supranacional.

Siguiendo la línea original de discusión, Humberto Ávila¹⁹⁰ explicita de mayor manera la diferencia entre reglas y principios, a efecto de establecer parámetros para verificar el sentido amplio de los principios jurídicos, la norma es la construcción del sentido que de ella hace el intérprete, no es texto, sino el sentido construido a partir de la interpretación sistémica de todos y cada uno de los textos normativos.

Siendo, así las cosas, dentro de esa cantidad finita de textos se contienen disposiciones que a su vez pueden denotar principios o reglas, y es donde empieza su exposición justificando esta disociación. Los principios, para Humberto Ávila, pueden investigarse de dos maneras. La primera, analizando los valores que exhortan pero desde la perspectiva de si determinados comportamientos han sido indispensables para realizar tal o cual valor, este punto es medular para este trabajo, puesto que, como se resaltó con Habermas, la diferencia esencial se encuentra en la fundamentación axiológica de una conducta o, por el contrario, si se encuentra sustentada en una cuestión deontológica; y en segundo término de manera estructural, como una manera racional y procedimental de fundamentación de carácter justificativo.

Tanto las reglas como los principios han de formularse de manera hipotética y ambas especies se encuentran dentro un orden normativo. Esa es una coincidencia, sin embargo las diferencias o disociaciones en alternativas inclusivas como él las llama, hacen referencia a que si analizamos dichas especies, tomando en primer punto la conducta, se tiene que las reglas implican una disposición cuyos elementos expresan objetos perfectamente determinables tales como sujetos, conductas, materias, fuentes, efectos, etcétera; con una pretensión de decibilidad de correspondencia —a manera subsuntiva— y esta valoración de correspondencia entre la construcción conceptual de la descripción de la disposición y la construcción conceptual de los hechos, ésta tiene como resultado de aplicación la conformidad y la compatibilidad.

Por otra parte, los principios son normas de tipo finalista, primariamente prospectivas con una pretensión de complementariedad con otras razones, y mediante una aplicación de

¹⁹⁰ Ávila, Humberto. *Teoría de los principios*, Laura Criado Sánchez (trad.), 10a edición, ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, Madrid, España, 2011.

correlación entre un estado de cosas que debe ser promovido —ideal—, pero en el plano deontológico, y los efectos de la conducta considerada necesaria para su promoción, es decir el comportamiento necesario para cumplir ese fin.

Nótese cómo Ávila, no de manera explícita, marca la diferenciación que Habermas sustenta en su análisis conceptual, es decir, la distinción al sustentar que los principios jurídicos tienen al menos dos sentidos, la primera de ellas cubriendo un aspecto teleológico o finalística que se encuentra relacionado a manera de correlación con la cuestión deontológica y, por otro lado, un aspecto axiológico sustentado obviamente en ciertos valores. Se podría considerar un tercer punto; se propone que los principios establecen a su vez o se encuentran redactados a manera de derechos, en este caso con el calificativo de humanos o fundamentales.

Y que, a lo largo de esta exposición se ha observado que existen algunas herramientas metodológicas que permiten observar la estructura en función de una justificación argumentativa por parte de un intérprete aplicador del derecho, tales como han sido los llamados test de ponderación o de proporcionalidad¹⁹¹.

Siguiendo a Humberto Ávila, propone en entonces esencia: a) Contribuir a una mejor definición y aplicación de los principios jurídicos y las reglas; b) Mantener la distinción entre las reglas y principios, para estructurarla bajo fundamentos distintos de los que normalmente emplea la doctrina; c) Demostrar que los principios no solo explicitan valores sino que también indirectamente, establecen especies precisas de comportamiento; d) Demostrar que la regulación de conductas mediante reglas también puede ser objeto de ponderación, aunque el comportamiento preliminarmente previsto dependa de que se satisfagan algunas condiciones para ser superado.¹⁹²

¹⁹¹ Lorenzo Zucca propone un meta marco con estas mismas funciones, lo denomina “la presunción de prioridad”, el cual en suma lo desarrolla como una forma que permita tomar decisiones que explique sacrificios. Él habla sobre conflictos de derechos fundamentales y que pueden ser leídos a manera de principios, el cual pretende que las decisiones sobre casos difíciles sean más transparentes, así como asignar adecuadamente las cargas en el proceso decisorio. Sustenta también que para lograr ello existen dos grandes reglas: la regla sustantiva de prioridad y las reglas procesales sobre la distribución de poderes. La regla sustantiva de prioridad solo permitiría denudar la situación de hecho en la decisión y la segunda sobre quien es el intérprete legitimado para tomar esa decisión. Cfr. Zucca Lorenzo. “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, en *Dilemas constitucionales: un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, David Martínez Zorrilla (traductor), editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 31, 32 y 33.

¹⁹² Ávila, Humberto. *Teoría de los principios*, Laura Criado Sánchez (trad.), 10a edición, ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, Madrid, España, 2011, p. 27.

Bajo este contexto, desarrolló un modelo de explicación de las especies normativas, puesto que introduce una ponderación estructurada en el proceso de aplicación de los principios, se debe recordar que Ávila no se dedica a desarrollar una clasificación de los principios jurídicos como la expuesta en el capítulo dos de esta tesis, sino que se refiere a ellos de manera muy general llamándolos simplemente “principios”.

En otro sentido cuando Humberto Ávila hace referencia a la efectividad del ordenamiento jurídico partiendo del énfasis en el contenido normativo: “Lo que está en juego es la efectividad de los elementos llamados fundamentales, i.e, de los principios jurídicos. Es en este marco donde se encuentran algunas cuestiones que causan perplejidad”.¹⁹³ La primera es la distinción entre principios y reglas:

- A) se tienen como necesarias cualidades que son meramente contingentes en las especies normativas.
- B) Se exalta la importancia de los principios, lo que empequeñece la función de las reglas.
- C) Se atribuye a los principios la condición de normas que, al estar relacionadas con valores que requieren una apreciación subjetiva de quien las aplica, no son susceptibles de investigación controlable intersubjetivamente.
- D) El imprescindible descubrimiento de los comportamientos que han de adoptarse para concretar los principios cede lugar —como consecuencia de lo anterior— a una investigación circunscrita a la mera proclamación, desesperado en consecuente, de su importancia.
- E) Se reverencia a los principios como la base o pilar del ordenamiento jurídico sin que a esa veneración se le añadan elementos que permitan entenderlos y aplicarlos mejor.

Cuando señala la segunda cuestión, ésta se refiere a la falta de una deseable claridad conceptual en el trato y uso de las normas, en ésta:¹⁹⁴

¹⁹³ *Ibidem* p. 25.

¹⁹⁴ *Ibidem* p. 25 y 26.

a) Se utilizan como sinónimos varias categorías que en rigor son diferentes, como es el caso de la referencia indiscriminada a principios confundidos con reglas, axiomas, postulados, ideas, medidas, máximas y criterios. Esto sería una de las causas directas de esa falta de claridad conceptual.

b) Además, varios postulados distintos entre sí se tratan como si exigieran del intérprete el mismo examen, como es el caso a la alusión acrítica a la proporcionalidad, no pocas veces confundida con la “justa proporción al deber de razonabilidad, la prohibición de exceso, la relación de equivalencia, la exigencia de ponderación, el deber de concordancia práctica o, incluso, con la propia proporcionalidad en sentido estricto.

Aquí radica la importancia de las ideas centrales de Ávila respecto a la utilidad de los principios jurídicos en la argumentación jurídica. Una de ellas referida a poder determinar el modo más seguro de garantizar su aplicación y su efectividad, y en donde la aplicación e interpretación del derecho “depende de procesos discursivos e institucionales sin los cuales éste no se hace realidad.”

En esencia, lo que propone el autor Ávila, es:

“Contribuir a una mejor definición y aplicación de los principios y las reglas; mantener la distinción entre las reglas y principios, para estructurarla bajo fundamentos distintos de los que normalmente emplea la doctrina; demostrar que los principios no sólo explicitan valores, sino que también, indirectamente, establecen especies precisas de comportamiento; y demostrar que la regulación de conductas mediante reglas también puede ser objeto de ponderación, aunque el comportamiento preliminarmente previsto dependa de que se satisfagan algunas condiciones para ser superado.”¹⁹⁵

4.4. De los postulados normativos

Y por ello, incluye criterios materiales de justicia en la argumentación a partir de la reconstrucción analítica del uso concreto de “postulados” normativos como lo llama él

¹⁹⁵ *Ibidem* p. 27.

“normas de segundo grado”, siendo los principios propiamente las normas de primer grado, específicamente de la razonabilidad y la proporcionalidad.

A la par de las reglas y los principios señala que, las meta normas llamadas postulados funcionan como normas metódicas del sistema que permiten la configuración de opciones de salida a las distintas controversias generadas dentro de un sistema, encontramos los postulados, como categorías que imponen ciertas condiciones que deben ser observadas en la aplicación de reglas y principios, siendo normas que estructuran la interpretación y la aplicación de otras normas.

Así que, retomando a los postulados, sea cual sea la denominación preferida, los postulados funcionan de forma distinta a otras normas del ordenamiento jurídico. Esta razón es suficiente para tratarlos por separado. Su función y su contenido se evidenciarán mejor. Aunque su denominación sea secundaria, la exigencia científica de compatibilidad sintáctica no abona su denominación como principio, máxime cuando el autor define principio como normas inmediatamente finalistas, como normas de optimización que se realizan en varios grados según las posibilidades fácticas y normativas o como normas fundamentales con un elevado grado de abstracción y generalidad.

En estos casos el problema no es de nomenclatura, sino de inconsistencia científica. Especialmente porque los postulados no son normas inmediatamente finalistas, sino metódicas; no son normas realizables en distintos grados, sino que estructuran la aplicación de otras normas con rígida racionalidad y no son normas con un elevado grado de abstracción y generalidad, sino normas que proporcionan criterios bastante precisos para la aplicación e interpretación del derecho.

Los postulados se diferencian de las normas¹⁹⁶, tomando como referencia la aplicación estructurada en varias perspectivas: en cuanto al nivel (los postulados se sitúan en el meta nivel o en el segundo nivel y las normas objetos de aplicación se sitúan en el nivel objeto o en el primer nivel), en cuanto al objeto (los postulados indican la estructura de aplicación de otras normas, y las normas describen comportamientos, si son reglas o

¹⁹⁶ A manera de explicación los postulados que plantea Ávila los subdivide en dos: los postulados hermenéuticos y los postulados aplicativos. Los primeros son los que dan unidad al ordenamiento jurídico, como lo es el postulado de la coherencia; los segundos son normas metódicas que estructuran la aplicación de otras normas con rígida racionalidad, con el objetivo de solucionar antinomias contingentes, concretas y externas. Véase capítulo 3. Ávila, Humberto. *Teoría de los principios*, Laura Criado Sánchez (trad.), 10a edición, ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, Madrid, España, 2011.

establecen la promoción de fines, si son principios) y en cuanto al destinatarios (los postulados se dirigen a los aplicadores y las normas a quienes deben obedecerlas).

Estas sutilezas apuntadas relativas a la naturaleza de la especie normativa que está siendo utilizada y al control que es ejercido contribuyen decisivamente a una mayor efectividad de los principios jurídicos, pues el aplicador tiene mejores condiciones de saber lo que debe fundamentarse, lo que debe comprobarse y las normas cuya restricción o efectividad se están analizando, sin embargo, el problema de origen que se sustenta no lo resuelve.

Además de lo anterior, Ávila esboza un modelo de validez de coherencia en la interpretación de las normas a manera de principios que usa para configurar la unidad de un ordenamiento jurídico, sustentado en dos premisas: la primera, en una coherencia formal la cual ostenta un elemento de consistencia o ausencia de contradicción y de completitud en la integridad de inferencias realizadas sobre el aspecto de los principios y las reglas; y la segunda, consistente en un elemento sustancial o material, que implica esa conexión positiva de sentido, la cual se logra mediante una mayor dependencia recíproca entre las proposiciones como condición lógica, y mientras mayores sean sus elementos comunes, es decir, sus significados análogos. El resultado de ello permite una graduación, permite expresar una mayor o menor compatibilidad en el sentido final de la expresión formal de una norma y su compatibilidad o no con un elemento factual.

Como se observa, este tipo de coherencia es la explicación al tipo de justificación científica en la ciencia del derecho que se sustenta en el capítulo primero de esta tesis, es decir, si se ha dicho que ahora la científicidad del derecho descansa en la racionalidad que se muestre a manera de coherencia —de significados y significantes conceptuales— en una decisión judicial, la estructura argumentativa que muestre el esquema de la decisión subjetiva del intérprete ahora encuentra la forma y el contenido de verificarse.

Este modelo, entonces, explicita una fundamentación por soporte, en donde mayor será la coherencia de la fundamentación cuanto mayor sea el soporte con otro enunciado, es decir, a mayor extensión en enunciados más específicos y a mayor intensidad en la elección de premisas plausibles y sus conclusiones lógicas mayor será la validez de un razonamiento, y si queremos ser concretos, un razonamiento judicial.

Por tanto, la eficacia y validez concreta de un razonamiento judicial para llegar a la determinación de una norma jurídica, es tanto mayor cuando más objetivamente se estructura su explicación.

4.5. De la interpretación con principios

Se resalta la característica de que la interpretación o aplicación del derecho es el acto por medio del cual se explicitan los valores inmersos tanto en el contenido semántico, sistemático, estructural de un principio jurídico, y el intérprete filtra esa información expresando un comportamiento deseable.

En otra de sus obras, Humberto Ávila, expone razones que abonan a entender este acto decisorio, el cual, se pretende despojar de ciertos atributos que lo denotan con las características de arbitrariedad y por ende de subjetividad.

De inicio aclara que cuando un principio jurídico presente como característica mayor abstracción y generalidad, más fácil será su comprensión, sin embargo, será mucho menos previsible su contenido, esto debido a la falta de elementos concretos relativos a lo que está permitido, prohibido o es obligatorio por determinada disposición jurídica.

Sin embargo, si el acto decisorio del intérprete u operador del derecho presenta una mayor concreción e individualización de una norma, más difícil es su comprensión, y ello está en relación a que su contenido será más previsible gracias a la justificación mostrada en la estructura de sus argumentos y con ello mostrando los elementos concretos introducidos relativos a lo que está permitido, prohibido o es obligatorio.

“Se producen, en este marco, un dilema y una paradoja. El dilema está en el hecho de que, para ser más accesible, el derecho precisa ser más sencillo; no obstante, para ser más sencillo, es necesario no tener en cuenta muchas particularidades individuales, lo que dificulta la protección de todos los intereses. Para ser más protector, es necesario que el Derecho considere el mayor número de intereses, pero, para hacerlo, necesita ser más complejo, lo que impide su fácil comprensión.”¹⁹⁷

Es entonces el acto decisorio en donde se debe mostrar la estructura del uso del lenguaje de los principios jurídicos, puesto que al buscar optimizar o concretizar fines individuales

¹⁹⁷ Ávila, Humberto. *Teoría de la seguridad jurídica*, Laura Criado Sánchez (Trad.), Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, Madrid, España, 2012, p. 43.

—derechos de la primera generación— o fines colectivos —derechos de segunda y posteriores generaciones—, es entonces donde los criterios que acompañan a la validez científica del acto decisorio son las condiciones necesarias para una mayor legibilidad y claridad en el intérprete.

El problema central del autor, Humberto Ávila, radica en la complejidad de concretizar los derechos, “el dilema, por consiguiente, es este: si el derecho es más seguro, porque es más accesible, precisa ser menos garantista; si el derecho es más garantista, porque es más protector, precisa ser menos accesible”.¹⁹⁸

Uno de los postulados fuertes del jus positivismo radica en la seguridad jurídica inherente del seguimiento de la ley como garantía de un alejamiento de conceptos axiológicos, mostrando una dependencia a la interpretación legalista de las disposiciones jurídicas, sin embargo, lo que se observa actualmente estriba en que las decisiones jurídicas legitiman un discurso incluyente de cuestiones axiológicas que acompañan a el contenido de los derechos llamados humanos.

En este sentido, sigue diciendo Ávila, que:

Además, muchos trabajos, en vez de fijar criterios interpretativos capaces de ayudar a comprender y aplicar el Derecho, se limitan a utilizar y acuñar definiciones elevadamente imprecisas, como la de que la seguridad jurídica implica la capacidad de prever resultados atribuibles por el Derecho a la propia conducta, sin ningún tipo de especificación relativa a lo que se debe entender por ‘capacidad’, ‘prever’, ‘resultados’ y ‘Derecho’.¹⁹⁹

Mientras que el autor sigue su línea en busca de una propuesta estable y calculable del principio de seguridad jurídica por medio de un desarrollo normativo y conceptual buscando la indeterminación del derecho, en este trabajo se hace énfasis en el papel del sujeto interprete u operador del derecho.

Es decir, el acto decisorio implica, entre otras cosas, que el intérprete ha comprendido la función de un sistema normativo determinado, y que además la protección de los

¹⁹⁸ *Ibidem* p. 43.

¹⁹⁹ *Ibidem* p. 52.

derechos humanos es fundamental al señalar el tipo de comportamiento deseado para la realización de un estado ideal “constitucional” de cosas.

Ese estado ideal de cosas, implica el surgimiento de un modelo o estado de patrones de interpretación, en palabras de Ávila, un espectro comprensivo “...que gradualmente ha de alcanzarse de hecho mediante la fijación de criterios, parámetros y procedimientos claros, los obstáculos ontológicos para la búsqueda de la seguridad jurídica desaparecen y la justificación para su estudio resurge, intacta, ante el investigador.”²⁰⁰

Este espectro comprensivo es una consecuencia de la argumentación jurídica, al establecer y delimitar criterios generales para entender y justificar el uso de principios jurídicos en la consecución de fines establecidos en una constitución o convencionalmente.

²⁰⁰ *Ibidem* p. 63.

Conclusiones

La perspectiva de un modelo constitucional del derecho presenta ciertos aspectos que hay que considerar dentro de las teorías del derecho, aspectos y elementos que se describen a continuación.

El sujeto interprete que toma decisiones es parte fundamental de este modelo, puesto que, como se dijo, la perspectiva judicialista es la que da la validez sustancial al derecho al concretarlo mediante una estructura argumentativa que privilegie los derechos humanos

Entonces, la toma de posición del sujeto interprete operador del derecho desde este modelo, necesariamente hará cambiar la perspectiva legalista derivado de su formación jus positivista, al permitirle —teóricamente— aplicar normas positivas o éticas. Este modelo propuesto por Vigo ha generado distintos tipos de racionalidad, tanto teórica, institucional, sistemática y normativo.

Una racionalidad teórica que ha desarrollado en el campo de la dogmática la flexibilización racional de la decisión, al ostentar una congruencia entre la seguridad jurídica y la idea de justicia.

Una racionalidad institucional, al establecer que esta función jurisprudencial permite justificar la validez de las decisiones tomadas en un estado principialista, en donde la existencia de principios jurídicos, a manera de disposiciones jurídicas constitucionales y a manera de directrices de optimización axiológicas la dogmática jus positivista y jus naturalista, no podían concebir en un solo acto o proceso decisorio. Ahora la razón práctica de los intérpretes judiciales es una garantía de fundamentación dentro de un paradigma de construcción social.

Una racionalidad sistémica al permitir un interaccionismo simbólico de los objetos abstractos y concretos de diversos sistemas²⁰¹, la coincidencia conceptual y de los

²⁰¹ Para sostener esta idea, es pertinente traer a discusión la propuesta de Werner Krawietz. Krawietz, en Krawietz, Werner. "Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho en derecho y filosofía", en Garzón Valdés, Ernesto (compilador), *Derecho y filosofía*, traducción de Carlos Santiago Nino, FONTAMARA, México, 1988, p. 156. Quien ha manejado, dentro de una teoría de la acción, cómo las decisiones que él llama de justicia están relacionadas con la acción social. Aunado a que el marco teórico

sujetos que realizan una acción de interpretación de un objeto científico común, puede ser analizado y, sobre todo, tomado en cuenta desde la dependencia de una integridad del contenido justificativo y sustancial de una interpretación en una decisión. Por ende, de ahí la dependencia entre distintos tipos de sistemas.

Un nuevo tipo de racionalismo normativo consistente en el sentido y comprensión del contenido de las decisiones emanadas por el intérprete en este modelo, puesto que como se ha considerado en el trabajo, la norma se ha concebido como el resultado de un proceso interpretativo y, ese resultado, donde otra de las garantías de validez es el criterio de corrección, en la coherencia con el contenido intrínseco de los derechos humanos. Ahora, se entiende que una norma jurídica, por el hecho de establecerse mediante un proceso racional en un acto decisorio en el que se muestren estructuras argumentativas justificatorias de la coordinación entre fines individuales y colectivos, puede representar actualizar la concepción que se tenía de la ciencia del derecho. Así mismo, a mayor precisión en la estructura argumentativa que justifique una toma de posición del interprete mayor objetividad y menor arbitrariedad de la decisión.

Este modelo es el que permite justificar la concreción del derecho y una tutela efectiva de los derechos humanos. Sólo la decisión del intérprete que ostenta la función judicial se puede hacer determinable, lo que en la forma de los principios jurídicos se presenta como indeterminado. Las construcciones derivadas de las decisiones judiciales implican la creación de un sistema normativo que vuelve determinable la indeterminación del derecho. Ahí donde en los casos difíciles se sustenta la tesis de la pluralidad de respuestas, sólo una —la más racional— será la válida.

sobre las decisiones de justicia, solo se han preocupado de la importancia y de los ajustes en la argumentación, ya sea desde perspectivas como del análisis del lenguaje y de los contenidos de los derechos humanos, no se han preocupado por estudiar las consecuencias que esto trae para los sistemas. De este modo, la investigación básica teórico-jurídica no ha tomado suficientemente en cuenta el condicionamiento de la sociedad y la dependencia de todas las acciones jurídicas de decisión, fundamentación y justificación con respecto a los sistemas. Esta afirmación plantea la existencia de una relación entre la teoría de los sistemas y la teoría del Derecho, y que las perspectivas de las explicaciones teóricas de la teoría del derecho deban hacerse desde las perspectivas de teorías como:

- 1) Teoría de la información
- 2) Teoría del lenguaje
- 3) Teoría de la lógica de las normas
- 4) Teorías del comportamiento social —perspectiva teórica de la acción.

El modelo constitucional de derecho representa una forma de mostrar decisiones coherentes con el contenido intrínseco del derecho y normas éticas, a raíz del casuismo controversial de los casos difíciles en los que un instrumento llamado constitución hace depender el uso de principios jurídicos. El proceso de construcción del sentido y comprensión normativa permite la incorporación de valores e ideologías que construyen una nueva realidad del derecho.

Implica la desmitificación de la constitución como único fundamento racional en una decisión. Ello significa que el fundamento “normativo” de una decisión no descansa sólo en las disposiciones de una constitución, sino que las normas de conducta de origen ético y por ende axiológico están inmiscuidas tanto en la redacción como en el sentido antropológico del contenido sustancial de un derecho humano establecido a manera de principio jurídico.

Sin embargo y a pesar de lo anterior se pueden formular ciertos puntos débiles sobre las aseveraciones que se hacen, una de ellas radica en que un elemento que ha sido objeto de discusión teórica es partir de cuestiones tan particulares que fragmentan el conocimiento integral del objeto de estudio relativizándolo. Una de esas perspectivas implica el estudio partiendo desde el sentido individual de los operadores del derecho. Se podría decir que, desde la perspectiva cognitiva del intérprete, pueden presentarse diversos puntos de reflexión, los cuales no fueron objeto de análisis en este trabajo²⁰².

Un segundo punto débil implica el punto de análisis sólo desde el enfoque de aplicación de los principios jurídicos, sin haber analizado y desarrollado una teoría sustancial que los distinga de las reglas jurídicas u otra clase de normas, lo cual rebasa el objetivo general de este trabajo y no correspondería desarrollarse en este momento.

De lo anterior, en defensa se puede alegar lo siguiente. Como técnica de análisis de la información obtenida se realizó una búsqueda sistemática de propiedades de lo que se entiende por un modelo de Estado de derecho constitucional, así como la integración de las mismas en plausibles hipótesis que deben guardar una coherencia científica,

²⁰² Al respecto el sustentante como forma de titulación de la Maestría en Derecho formulé la tesis correspondiente a la “educación del juez”, mostrando aspectos esenciales a lo que se pudiera comprender como una formación integral de un juez adaptable al modelo constitucional de derecho.

pretendiendo delimitar los linderos teóricos sin desligarse de la base empírica de partida al buscar de igual forma la plausibilidad de generalización de lo sustantivo a lo formal.

De igual manera, se observa que debe analizarse el estado del discurso futuro sobre la clase de contexto que crea los tipos de razonamientos expresado párrafos atrás, derivado del tipo de razonamiento dialéctico justificativo y el sentido resultado de las meta normas denominadas postulados, su significación, así como las características entre fines individuales y fines colectivos en los principios jurídicos.

El intérprete está frente a un escenario novedoso. Por una parte, es el operador del Estado legal de derecho y por la otra, es el operador de un Estado constitucional del derecho, al aplicar el derecho usará disposiciones jurídicas o deónticas (axiológicas o morales) que buscan una conducta en específico del individuo, justificando fines individuales o fines colectivos. Y esto ha generado, a la par de un estado principiológico ciertas condiciones de interpretación en donde interactúen los distintos sentidos normativos de manera global.

En suma, se han respondido las preguntas de investigación planteadas al inicio de este capítulo, en el sentido de afirmar que efectivamente el modelo del Estado de derecho constitucional ha traído, en términos de la teoría del derecho, nuevos elementos de análisis. De igual manera el intérprete ahora necesita demostrar mediante una estructura argumentativa la justificación de un fin individual sobre un fin colectivo o viceversa, mediante el postulado de la coherencia con el contenido intrínseco de un derecho humano; y, por último, dado el casuismo que pueda presentar una controversia del derecho no existe una razón única que permita afirmar en qué casos se deben justificar ya sea fines individuales o fines colectivos. En este sentido no se han desarrollado delimitaciones teóricas sobre algún patrón de interpretación.

Es necesario que la doctrina avance en el tratamiento y esclarecimiento posible del contenido y modo de operar de los principios del derecho positivo o axiológicos. Dicho de otro modo, que el esfuerzo no se agote en los textos legales, sino que se profundice en la proyección y coordinación de los fines individuales y colectivos derivados de los derechos humanos, a partir de los fallos judiciales.

Por lo anterior, se propone el establecimiento de criterios de corrección en la interpretación de los principios jurídicos en el sistema mexicano.

La interpretación implica cierta prioridad en la aplicación de los principios, sin embargo, se ha demostrado la existencia de elementos que indican, por un lado, muestran las diversas taxonomías de los principios jurídicos, por otro, demuestran la complejidad en su aplicación por la multiplicidad de materias sustantivas, y fines que persiguen.

Los elementos que se mencionan consisten en que en los principios jurídicos ostentan una diversidad lingüística, se presentan en una vasta cantidad dispersa en distinto tipo de ordenamiento positivo o no, la cualidad de la materia o sustantividad que regulan es amplísima, el tipo de acción o conducta exigido al individuo o al Estado es muy variada, el tiempo en la aplicación a manera de progresividad en su cumplimiento no está establecida, el lugar de su aplicación ha cambiado los estándares competenciales de un modelo formal a manera de distribución de competencias, las múltiples situaciones en las que deben aplicarse o interpretarse, la pertenencia a un sistema jurídico local, estadual o supranacional, y sobre todo el tipo de fin que se persigue, ya sea individual o colectivo.

Además de lo anterior, el tipo de derecho que se encuentre implícito en un principio jurídico, puesto que un indicio de prioridad lo encontramos en el tipo de derecho que tengan la etiqueta de “derechos humanos”.

Se sostiene que para poder interpretar y aplicar los principios jurídicos es necesario que el intérprete tenga un campo de comprensión amplio para comprender el sentido y uso científico del derecho en su decisión. Su modelo de formación implica una formación holista de la existencia y naturaleza de los principios jurídicos como ha sido defendido por el tesista en otra investigación.

En lo que hace referencia al aspecto normativo en el uso de los principios jurídicos, se coincide con Humberto Ávila en la propuesta de la meta norma o postulado de la coherencia, el cual, verificará la concordancia entre dos factores: la formal y, la material; la primera de ellas, consiste en una ausencia de contradicción y la segunda en una conexión positiva de sentido.

Si esto es así, se sostiene además de lo formulado por Ávila, que la coherencia formal, debe consistir en el seguimiento de los principios generales del derecho, es decir, de los

principios construcción del derecho, los que acusan de cientificidad a la decisión judicial como se ha dicho, éstos, representan y ostentan la verificabilidad inductiva y deductiva del derecho.

Si se usa este tipo de principios jurídicos en la interpretación y aplicación del derecho, la cientificidad de la decisión está demostrada.

En lo que corresponde a una coherencia material, que el describe como una conexión positiva de sentido, en base a dos premisas fundamentales: a mayor dependencia recíproca entre las proposiciones (condición lógica) mayores sean sus elementos comunes (significados análogos)

Bibliografía

- Abbagnano, Nicola. *Diccionario de Filosofía*, 2ª edición, FCE, México, 1974.
- Aguiló Regla, Josep. *Sobre derecho y argumentación*, editor Lleonard Muntaner, Palma de Mallorca, 2008.
- Alchourrón, C., y Bulygin, E. *Sobre la existencia de las Normas Jurídicas*, fontamara, Venezuela, biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 1997.
- Alexy, Robert. “La fórmula del peso”, en *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, Miguel Carbonell (coord.), Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2008.
- Alexy, Robert. “La naturaleza de la filosofía del derecho”, Carlos Bernal Pulido (Trad.), *Associations Kiel*, Universidad Christian Albrecht de Kiel, 7, 2003.
- Alexy, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, *En Jueces y ponderación argumentativa*. Coordinadores Miguel Carbonell, J. Jesús Orozco Henríquez y Rodolfo Vázquez, UNAM, México, 2006.
- Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*, 3a edición, fontamara, número 30, México, 2006.
- Álvarez-Gayou Jürgenson, José Luis, *Cómo hacer investigación cualitativa, fundamentos y metodología*, Paidós educador, México, 2003.
- Aristóteles. *Tratados de Lógica. El Órganon*, estudio introductorio Francisco Larroyo, 11ª edición, sepan cuantos, número 124, Porrúa, México, 2004.
- Atienza, Manuel. “Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el estado de derecho”, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comp.), *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, Porrúa-UNAM, D. F., México, 2004.
- Atienza, Manuel. *Cuestiones judiciales*, fontamara, biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2001.
- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, IJ-UNAM, México, 2003.
- Ávila, Humberto. *Teoría de la seguridad jurídica*, Laura Criado Sánchez (Trad.), Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, Madrid, España, 2012.
- Ávila, Humberto. *Teoría de los principios*, Laura Criado Sánchez (trad.), 10a edición, ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, Madrid, España, 2011.
- Bernal Pulido, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, Carbonell, Miguel (coord.), en *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, IJ-UNAM, México, 2008.

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2005.

Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, fontamara, 12, biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 1991.

Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*, 3a edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2007.

Bunge, Mario. *Filosofía en las ciencias sociales*, siglo XXI editores, México, 1999.

Bunge, Mario. *La Ciencia su método y su filosofía*, editorial Nueva Imagen, Buenos Aires, Argentina, 1989.

Burrueal Huerta, Leopoldo. *Principios constitucionales*, Porrúa, México, 2013.

Carbonell, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, IJ-UNAM, México, 2008.

Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 4a edición, Madrid, España, 2009.

Castillo Alva, José Luis, Manuel Luján Túpez y Róger Zavaleta Rodríguez. *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, 2ª edición, Ara Editores, Perú, 2006.

Castro Nogueira, Luis, Miguel Ángel Castro Nogueira y Julián Morales Navarro. *Metodología de las ciencias sociales: Una introducción crítica*, 3ª edición, Editorial Tecnos, España, 2015.

Cea D' Ancona, Ma. Ángeles. *Metodología cuantitativa: estrategias y técnicas de investigación social*, editorial Síntesis, España, 1998.

Chalmers Alan, F. *¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*, 2ª edición, editorial siglo XXI, México, 2009.

Comanducci, Paolo. *Razonamiento Jurídico, elementos para un modelo*, P. Larrañaga (editor), biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 1999.

Cozby Paul, C. *Métodos de Investigación del Comportamiento*, Leticia Pineda Ayala (trad.), octava edición, Mc Graw Hill, México, 2005.

Cunero Pérez, Rosario. "Elementos básicos para un constructivismo social", *Avances en psicología latinoamericana*, volumen 23, 2005.

Cortés Rodas, Francisco. *Justicia y exclusión*, Siglo del hombre editores, Instituto de filosofía de la Universidad de Antioquia, 2007.

De Fazio, Federico. *Sistemas Normativos y Conflictos Constitucionales: ¿es posible aplicar Derechos Fundamentales sin Ponderar?*, Isonomía, número 40, abril, México, 2014.

Diez Gargari, R. *Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la suprema corte*, IJ-UNAM, Madrid, España, 2012.

Durkheim, Emile. *Las reglas del método sociológico*, FCE, México, 1989.

Dworkin, Ronald. “¿Deben nuestros Jueces ser Filósofos?, ¿Pueden ser Filósofos?”, *Estudios de derecho*, vol. LXIV, N° 144, diciembre 2007, Facultad de derecho y ciencias políticas, universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 36. 2007.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (trad.), Ariel, España, 1984, 5ª reimpresión 2002.

Enciclopedia jurídica OMEBA, tomo II, editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina.

Ferrajoli, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*, fontamara, México, 2008.

Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*, ediciones Sígueme, Salamanca, España, 1977.

Garza Mercado, Ario, *Manual de técnicas de investigación para estudiantes de ciencias sociales y humanidades*, 7ª edición, El Colegio de México, México, 2013.

Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta. *El derecho y la justicia*, 2ª edición, editorial Trotta, 2000.

Giraldo, Ángel Jaime, Giraldo López Mónica y Giraldo López Alejandro. *Metodología y técnica de la investigación socio jurídica*, editorial Legis, Colombia, 1999.

González Ibarra, Juan de Dios. *Metodología jurídica epistémica*, fontamara, México, 2003.

González Maldonado, Marco Aurelio. *La proporcionalidad: como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, editorial Novum, México, 2011.

Greimas A. J. y J. Courtes. *Semiótica. Diccionario Razonado de la Teoría del lenguaje*, editorial Gredos, Madrid, 1982.

Guastini, Riccardo. *Distinguiendo estudios de teoría y meta teoría del derecho*, Jordi Ferrer I Beltrán (trad.), editorial Gedisa, España, 1999.

Guastini, Riccardo. *Interpretar y argumentar*, Silvina Álvarez Medina (trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

Guba Egon, G. *La enseñanza, su teoría y su práctica*, 3ª edición, editorial Akal, Madrid, 1989.

Guba, Egon. *La enseñanza, su teoría y su práctica*, editorial Akal, 3ª edición, Madrid, 1989.

Gutiérrez Sáenz, Raúl. *Introducción a la lógica*, 29ª edición, editorial Esfinge, México, 1994.

Habermas, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*, editorial Taurus Humanidades, Frankfurt, 1989.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6ª edición, editorial Trotta, Madrid, 2010.

Hernández Sampieri, Roberto, Carlos Fernández Collado y Pilar Baptista Lucio. *Metodología de la Investigación*, 5ª edición, Mc Graw Hill, Perú, 2010.

Hohfeld, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez (editores), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2004, 5ª reimpresión.

Kennedy, Duncan. "Libertad y Restricción en la decisión Judicial", en *El debate con la teoría Crítica del derecho*, recuperado de www.duncankennedy.net, fecha de consulta: enero del 2011.

Krawietz, Werner. "Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho en derecho y filosofía", en Garzón Valdés, Ernesto (compilador), *Derecho y filosofía*, Carlos Santiago Nino (Traducción), fontamara, México, 1988.

Kuhn, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 1971.

Lopera Mesa, Gloria Patricia. "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", Miguel Carbonell (Coordinador), en *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, IJ- UNAM, México, 2005.

Luiz Cervo Amado y Alcino Bervian Pedro, *Metodología científica*, McGraw-Hill latinoamericana, Colombia, 1979.

Mardones, J. M., y M. Ursua. *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*, editorial Coyoacán, México, 1982.

Mendonca, Daniel. *Los derechos en juego: conflicto y balance de derechos*, editorial Tecnos, Madrid, España, 2003.

Moreso, Juan J. "Alexy y la aritmética de la ponderación", Miguel Carbonell (Coordinador), en *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, IJ- UNAM, México, 2005.

Pacheco Pulido, Guillermo. *Principios jurídicos*, Porrúa, México. 2016.

Pérez Luño, Antonio-Enrique. "Historia de los derechos fundamentales". Capítulo VI: *las generaciones de los derechos humanos*. Tomo IV: Siglo XX. Vol. 1. Libro 1. Editorial Dikinson S. L. Madrid, España. 2013.

Priest, Graham. *Una brevísima introducción a la lógica*. R. Carvajal Dávila (editor), Océano, México, 2000.

Prieto Sanchís, Luis. "Derechos Fundamentales", Garzón Valdés Ernesto y Francisco J. Laporta (editores), en *El Derecho y la Justicia*, 2ª edición, tomo 2, editorial Trotta, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 2000.

Prieto Sanchís, Luis. "El Juicio de Ponderación Constitucional", Miguel Carbonell (coordinador), en *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, IJ-UNAM, México, 2005.

Recasens Siches Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2ª edición, Porrúa, México, 1973.

Rey Cantor, Ernesto. *Las generaciones de los derechos humanos, libertad-igualdad-fraternidad*, 7ª edición, Universidad libre, Bogotá, Colombia, 2011.

Ribeiro Toral, Gerardo. *Verdad y argumentación jurídica*, 3ª edición, Porrúa, México, 2009.

Ribeiro, Toral Gerardo. "Retórica y racionalidad jurídica", *Revista de derecho*, 5, Universidad católica del Uruguay, Montevideo, 2010.

Ritzer, G. *Teoría sociológica contemporánea*, Mc Graw-Hill Interamericana, Madrid, España, 1994.

Rojano Esquivel José Carlos. "Del juez Hércules al juez *Spoudaios*", en *ética y justicia: reflexiones y planteamientos intemporales*, coordinado por Juan Ricardo Jimenez Gómez, Enrique Rabell García y Gabriela Nieto Castillo, Miguel Ángel Porrúa, México 2014

Rojas Amandi, Víctor Manuel. *Ronald Dworkin y los principios generales del derecho*, Porrúa, México, 2007.

Rojas Amandi, Víctor Manuel. *Tres Paradigmas de la Epistemología Jurídica*, Biblioteca jurídica virtual del IJ- UNAM, México, 2006.

Rojas Soriano, Raúl, *Guía para realizar investigaciones sociales*, 9a edición, Plaza y Valdés, México, 1992.

Romero Martínez, Juan Manuel. *Estudios sobre la argumentación jurídica principialista. Bases para la toma de decisiones*, UNAM, México, 2015.

- Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, fontamara, 7, México, 2006.
- Ruiz Canizales, Raúl. *Razonamiento jurídico, casuística y bioética*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Querétaro, México, 2014.
- S. Valles, Miguel. *Técnicas cualitativas de investigación social*, editorial Síntesis, España, 2007.
- Salgado Lévano, Ana Cecilia. "Investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos", *Liberabit Revista de Psicología*, Vol. 13, Universidad de San Martín de Porres Lima, Perú. 2007.
- Sánchez Puente Ricardo. *Enseñar a Investigar. Una didáctica nueva de la investigación en ciencias sociales y humanas*, UNAM, México, 2014.
- Santiago Nino, Carlos. *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*. Fontamara, biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 1993.
- Schmelkes, Corina, y Elizondo Schmelkes, Nora. *Manual para la presentación de anteproyectos e informes de investigación (tesis)*, 3a edición, Oxford, México, 2010.
- Schmill Ulises. *Lógica y Derecho*, 2ª edición, Fontamara, 28, México, 1997.
- Sen, Amartya. *La idea de la Justicia*, editorial Taurus, Prisa Ediciones, México, 2010.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, 2a edición, editorial Themis, México, 2011.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. *razonamiento y argumentación jurídica*. R. Márquez Romero (editor), 2a edición, IJ-UNAM, México, 2007.
- Taruffo, Michele. "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica", *Isonomía*, número 22, abril 2005.
- Ursúa Nicanor, Ayestaran Ignacio y González Juan de Dios, *Filosofía crítica de las ciencias humanas y sociales*, Coyoacán, México, 2004.
- Vasak, Karel. "Las dimensiones internacionales de los derechos humanos", *Serbal-UNESCO*, Barcelona, 1984, v. I.
- Vega Malagón, Genaro, *Metodología de la investigación clínica y epidemiológica*. FUNDAp, México, 2006.
- Vigo, Rodolfo Luis. *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2012.
- Vigo, Rodolfo Luis. *Interpretación jurídica: del modelo juspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, editores Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2006.

Vigo, Rodolfo Luis. *Jusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Porrúa, México, 2016.

Weber, Max. *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, edición preparada por Johannes Winckelmann, FCE, México, 1992.

Weber, Max. *La objetividad del conocimiento en la ciencia social y en la política social*, Joaquín Abellán (editor), Alianza Editorial, Madrid, 2009.

Wróblewski, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*, fontamara, México, 2008.

Yurén Camarena, María Teresa. *Leyes, teorías y modelos*, Trillas, México, 2006.

Zagrebelsky, Gustavo. “¿Qué es ser juez constitucional?”, *Díkaion*, Universidad de la Sabana Chía, Colombia, 2006, vol. 20, número 15.

Zucca, Lorenzo. “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, en *Dilemas constitucionales: Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, David Martínez Zorrilla (traductor), editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.