

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

“LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SU
UTILIDAD EN LA LABOR DEL JUZGADOR”

TESIS QUE PARA OBTENER EL
TÍTULO DE LICENCIADO EN
DERECHO

PRESENTA:

DIEGO FRANCISCO CASANUEVA RIVERO

ASESOR: DR. JOSÉ FRANCISCO PEDRO PÉREZ HERNÁNDEZ

ACATLÁN ESTADO DE MÉXICO
FEBRERO DE 2008



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por ser mi guía, mi sustento, mi tesoro y mi fin.

A mi Patria por haberme brindado los bienes necesarios para llegar a ser un hombre de bien.

A mi querida Universidad Nacional Autónoma de México por poner a mi disposición el ejemplo de personas sabias que me han transmitido los conocimientos y la cultura que siempre serán un parámetro y una luz para avanzar en mi perfeccionamiento personal y profesional.

A mi mamá por su apoyo incondicionado, por todas las grandes cosas que me ha enseñado, por la dulzura con que siempre me ha amado y porque es el motor de mi vida.

A Cano por haberme guiado desde que nací siendo un padre firme y cariñoso, por tener una deuda ilimitada con él, porque gracias a su dirección mi inteligencia y mi corazón se han formado lo suficiente para enfrentar la vida.

A mi tío Carlos por su gran ejemplo, su cariño y por haber sido como otro padre para mí. También considero a mi tía Maricarmen por todo lo que me ha querido y enseñado, así como a mis primos Carlos, Paco, Mariana y Paloma por haber sido siempre mis hermanos.

A mi tía Rocío por sus consideraciones, su comprensión, su confianza y por el cariño con el que siempre me ha tratado.

A mi gran amigo y primo Rodrigo Herrera por su lealtad, su ejemplo, sus sabios y prudentes consejos, por todo lo que hemos vivido y compartido desde niños y porque esta amistad, que cada día Dios fortalece más, nunca terminará.

A todos mis familiares pues siempre la consideración de su presencia ha sido motivo para seguir adelante. Especialmente agradezco a mis tíos Paco, Luis, Norma, Oscar, Malena, Carmen, don Pablo, Miguel y a mis primos Oscar y Jorge que siempre con fineza y entrega han estado conmigo.

A Lorena, Claudia y Fer por su cariño, apoyo y comprensión

A mi gran amigo Daniel porque estoy seguro de la grande y profunda amistad que nos une y por todo lo que siempre me ha ayudado.

A mi amigo Iván por su ejemplo, porque es la muestra de lo que es ser un hombre de bien; un ser humano con un corazón entregado a grandes causas y porque siempre ha tenido consideraciones especiales para conmigo.

A mi amigo el R. P. Mario Trejo por su ejemplar vida, por su invaluable y sabia dirección y por su inigualable disposición e interés.

A mi amigo el R.P. Blandón, porque en los momentos difíciles se ve quién es quién y es claro que usted es un hombre justo y grande. Gracias por todos sus auxilios.

A mi asesor el Dr. José Francisco Pedro Pérez Hernández por ser para mí un ejemplo de profesionalismo, disciplina intelectual y cordialidad. Siempre con un trato humano y con una perspectiva de la vida clara y objetiva que me ha enseñado a ser mejor persona. Agradezco, también su paciencia, orientación y disponibilidad en la elaboración del presente trabajo y aseguro que sin su asesoría no hubiera llegado a su fin.

A mis sinodales pues en la emisión de su voto su trato fue muy humano y accesible. Porque con sus palabras y con el ejemplo de su labor docente me han impulsado a cerrar este periodo de mi vida con renovadas fuerzas.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I	
EL HOMBRE: FUENTE Y FIN DEL ORDEN JURÍDICO	7
1.1. EL SER HUMANO	7
1.2. PERSONA Y PERSONALIDAD	9
1.3. EL ACTO HUMANO	13
1.4. EL HOMBRE EN LA SOCIEDAD	24
1.5. EL DERECHO Y LA JUSTICIA	31
1.6. LOS VALORES QUE INSPIRAN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO	44
1.7. VIRTUDES Y VALORES JUDICIALES	56
1.8. LA EQUIDAD EN LA VALORACIÓN JUDICIAL	69
CAPÍTULO II	
ANÁLISIS Y VALOR DEL SISTEMA JURÍDICO	76
2.1 LA LEY NATURAL Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS	76
2.2 EL IUSPOSITIVISMO Y SU LIMITACIÓN	83
2.3. LA NORMA JURÍDICA	88

2.4. FORMACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN HISPANOAMÉRICA	_____	96
2.5. LOS DERECHOS HUMANOS	_____	103
2.6. EL ESTADO DE DERECHO	_____	109
2.7. LA LEGITIMIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL	_____	115
2.8. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL	_____	127
CAPÍTULO III		
LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	_____	141
3.1. BREVE COMENTARIO HISTÓRICO SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	_____	141
3.2. LA NORMA JURÍDICA. ORIGEN, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	_____	147
3.3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, EXPRESIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	_____	167
3.4. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA UNIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO VIGENTE	_____	177
CAPÍTULO IV		
LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS	_____	202

4.1. LA DECISIÓN JUDICIAL, UN PROBLEMA ÉTICO EN LOS JUECES	_____	202
4.2. INTERPRETACIÓN JUDICIAL	_____	211
4.3. INTEGRACIÓN JUDICIAL	_____	220
4.4. ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL	_____	230
4.5. LA SENTENCIA Y SU MOTIVACIÓN	_____	234
CONCLUSIONES	_____	256
BIBLIOGRAFÍA	_____	259

INTRODUCCIÓN

Atendiendo a que el referente central de lo jurídico es la dignidad de la persona y por lo mismo sus derechos, abordo este tema con beneplácito y emoción pero también con cierto temblor, pues reconozco la grandeza del tema y la profundidad del mismo.

Los principios generales del derecho presentan para gran parte de los juristas prácticos del México actual un tema en cierta parte limitado al ámbito especulativo que de alguna manera es para ellos impráctico, en razón de que la estructura de dichos principios parece que sólo nos remite a conceptos elevados y misteriosos de lo que es la justicia. En este punto considero errónea la visión de los pragmáticos debido a que los principios, al inspirar la formación del orden jurídico no pueden, por sentido común, estar desconectados absolutamente de la aplicación de dicho orden. La presencia y posición de los principios generales del derecho en nuestra Carta Magna parece ocultar su gran alcance y funcionalidad debido a que solo les atribuye la función de fuente supletoria del ordenamiento jurídico. Entendiendo que los juristas que enfrentan día con día la exigencia de administrar justicia son los jueces y que su responsabilidad se presenta de frente a cada ser humano que se encuentra bajo su jurisdicción, me atrevo a recomendarles que no olviden la funcionalidad práctica los principios generales del derecho en el marco de la disciplina ética que exige su función y que se demuestra, tanto en el trato con las partes y con las demás personas que participan en la tarea de administrar justicia, como con la habilidad argumentativa presente en sus sentencias.

En el primer capítulo se aborda la cuestión relativa al ser humano entendiendo que la comprensión de su naturaleza es la base de donde se debe partir para entender lo jurídico, además de el parámetro que debe dirigir la actividad del juzgador. En este capítulo se busca entender el material humano que el juez tiene a su disposición para administrar justicia, así como, los principios, los valores y las

virtudes que le permitirán dirigir su actuación en el camino necesario para descubrir y defender lo justo concreto.

En el segundo capítulo me he propuesto mostrar el ambiente ideológico que inspira las instituciones en las que el juzgador realiza su labor, resaltando la importancia que una visión realista aporta a la decisión judicial y la manera en que dicha visión limita y aprovecha la discrecionalidad judicial.

El tercer capítulo se introduce en la historia, estructura, funcionalidad y utilidad de los principios generales del derecho y su consiguiente relación estrecha con los derechos humanos.

El cuarto capítulo es un estudio particularizado de la utilidad que los principios generales del derecho proporcionan al juez en el desempeño de su función, proponiendo como y en donde es que dichos principios se pueden insertar para que las decisiones judiciales no prescindan de parámetros que auxilien al jurista en la determinación de lo que es justo.

Desde mi punto de vista, es necesario que los jueces inserten los principios generales del derecho y dirijan sus decisiones con los mencionados principios sin perder de vista que la confianza en nuestras instituciones depende del correcto desempeño de su función.

Abordar este asunto desde una perspectiva realista podría facilitar la puesta en práctica de una labor verdaderamente difícil cuyo perfeccionamiento solo puede realizarse en la práctica diaria que no olvide las exigencias que la dignidad de los justiciables presenta y que pueden ser reconocidas en los principios generales del derecho.

CAPÍTULO I

EL HOMBRE FUENTE Y FIN DEL ORDEN JURÍDICO

1.1. EL SER HUMANO

El ser humano, siguiendo a Aristóteles y a Santo Tomás de Aquino, es un compuesto de materia y forma. Esta posición antropológica tiene consecuencias en todos los aspectos de la vida humana, principalmente en lo referente a las ciencias sociales y en particular a la ciencia jurídica.

El alma confiere al cuerpo vida o dicho de otro modo lo actualiza o perfecciona, por eso el alma es la forma, porque ésta proporciona su carga ontológica de perfección a la materia y a su vez ésta la delimita y le confiere individualidad. Por el cuerpo, el hombre se asemeja con los seres inferiores sean animales, plantas o minerales y está sujeto a las leyes físicas. Este nivel sensorial similar al de los seres inferiores se distingue con nitidez por la naturaleza del alma humana que es racional. La razón impregna el nivel sensitivo elevándolo y dignificándolo.

Entonces, por su inferioridad con respecto de la razón, el nivel sensorial, que se compone por el conocimiento sensible y por el apetito sensible, debe ser orientado por las facultades del alma que son la inteligencia y la voluntad.

Santo Tomás divide el conocimiento sensible en dos: uno interno y otro externo o “sentidos externos y potencias internas”.¹ El conocimiento sensible externo se conforma por los cinco sentidos y el conocimiento sensible interno que recibe el dato sensible captado por dichos sentidos, labora por medio de “cuatro potencias sensitivas internas”² que considero son cinco; la imaginación que forma representaciones de los datos sensibles, el sentido común que discierne y unifica

¹ Hugón, Eduardo O. P., *Las veinticuatro tesis tomistas*, 3ª. Edición, México, Porrúa, 1990, p. 128.

² Gilson, Étienne, *El tomismo introducción a la filosofía de santo Tomás*, Colección Filosófica Número 29, 4ª. Edición, Pamplona, EUNSA, 2002, p.268.

dichos datos, la facultad cogitativa que dispone y estructura las imágenes puesto que “puede comparar sus conocimientos particulares”³ y la facultad estimativa que distingue en ellas “lo útil de lo nocivo”⁴. Todos estos datos sensibles son guardados por la quinta potencia conocida como memoria.

Por otro lado, el apetito sensible se inclina por los datos captados y previamente elaborados por el conocimiento sensible.

En lo general, Santo Tomás lo considera con el nombre de sensualidad y lo divide en dos especies, el apetito concupiscible que se inclina a lo conveniente repudiando lo nocivo y el apetito irascible que se inclina a superar la adversidad en la búsqueda de lo conveniente.

En el nivel racional, el ser humano se perfecciona y realiza su naturaleza no sólo por medio de la facultad intelectual que capta la realidad sino, también, por la facultad apetitiva que se inclina al bien.

El intelecto se desarrolla con dificultad desplegando tres operaciones: abstracción, juicio y raciocinio, con las cuales el hombre conoce la realidad con rectitud, alcanzando, por lo mismo, la verdad.

Santo Tomás da el nombre de apetito racional a la voluntad. La voluntad es una potencia que, iluminada por la razón y fortalecida por la virtud, es capaz de dominar y encauzar la sensualidad para poder tender con libertad al bien. Por otro lado, la memoria (intelectual) apoya la actividad racional conservando la información procesada.

El hombre por la capacidad de actuar racionalmente es libre y al mismo tiempo responsable constituyéndose en un sujeto de derechos y obligaciones.

³ Gilson, Étienne, op. cit., p. 269.

⁴ Floris Margadant S, Guillermo, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 26ª. Edición, México, Esfinge, 2006. p. 115.

1.2. PERSONA Y PERSONALIDAD

Los romanos afirmaron que donde existe el hombre existe el derecho y a la inversa, queriendo decir con esta sentencia que el ser humano es un ser social por excelencia, es decir que está destinado a vivir en comunidad y por lo tanto su conducta es razón, objeto y sujeto de todo orden jurídico.

Etimológicamente persona “viene del latín, donde, entre otras cosas, significa máscara”⁴. La etimología se relaciona con la máscara que en el teatro usaban los actores para representar la fisonomía correspondiente a su papel y carácter. Por una figura de lenguaje se llamó persona al mismo actor que portaba la máscara (y aún hoy se habla de personajes en las obras de teatro o cine.). De aquí pasó al personaje representado por ella y luego a los actores de la vida social y jurídica, es decir, a los hombres considerados como sujetos de derechos y obligaciones. Desde el punto de vista etimológico persona es igual a hombre que convive con otros hombres, a ser humano que se relaciona.

Hoy en día, pocos ponen en duda que todos los seres humanos son personas, esto es, sujeto portadores de derechos que deben ser reconocidos y respetados especialmente por el Estado en razón de que solo el hombre puede ser dueño de sí mismo... capaz de tener un verdadero y propio dominio sobre algo, sea interior o exterior a él.⁵ La idea de que todo ser humano es persona, incluso antes que el organismo social constituye el eje del Derecho civil y del orden jurídico en general. Toda doctrina realista mantiene la idea de que el ser humano es persona y de que es anterior respecto del ordenamiento jurídico positivo, o sea, que la persona existe desde el momento de la concepción con independencia de que así lo consideren las normas jurídicas vigentes.

“De modo que la persona y por tanto la personalidad, que también son un *prius* del ordenamiento jurídico, casi podría decirse que engloban un verdadero preconcepto de lo jurídico, al menos esto es así para todos aquellos

⁵ Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 3ª. Edición, México, Minos, 2004, p. 86.

ordenamientos jurídicos que aceptan que tanto la sociedad como su ordenación se conciben en función del individuo y no los individuos en función de la sociedad y de su representación político-jurídica llamada Estado, no se debe olvidar que, como decía Hermogeniano *hominum causa omne ius constitutum est*.⁶

La personalidad jurídica es considerada como una abstracción jurídica del concepto de persona y que además es un concepto distinto y previo a la capacidad jurídica, aunque al respecto es frecuente en la doctrina general identificar los conceptos de personalidad jurídica y capacidad jurídica. Sin embargo, la distinción principal consiste en que la personalidad es simple, mientras la capacidad es susceptible de ser medida en grados, el hecho de que alguien carezca de la capacidad de ejercicio (menores, dementes, etc.) no afecta su personalidad jurídica ya que ésta se caracteriza por la capacidad de goce y no necesariamente la de ejercicio⁷. Se puede ser, como persona, más o menos capaz, pero no se puede ser más o menos persona ni, por lo tanto, tener más o menos personalidad o más o menos dignidad. Persona es o no es: total, radicalmente. La personalidad es tan sólo la manifestación exterior de lo que la persona es.

Ahora bien, esta posición, no es compatible con la que identifica personalidad jurídica con capacidad jurídica, porque lo que sucede en realidad es que se contempla la misma cuestión desde dos planos diferentes: el ontológico y el jurídico.

Atendiendo al primero de ellos, se considera que persona y personalidad jurídica son dos términos equivalentes, pero utilizados en ámbitos distintos: el concepto de persona es extrajurídico, mientras que el de personalidad jurídica no es más que una abstracción del primero para ser utilizado en el ámbito jurídico. Pero tanto el uno como el otro; se refieren exclusivamente a la idea de ser humano, entendida como antecedente de todo lo cultural.

⁶ Márquez Ruiz, José, *Comienzo y fin de la personalidad*, España, Noticias Jurídicas, 2004, p. 10.

⁷ Floris Margadant S, Guillermo, *op. cit.*, p.119.

Sin embargo, analizando la cuestión desde un punto de vista positivista, la cuestión cambia de matices, pues entonces, la idea de personalidad jurídica no se concibe como un antecedente natural y simple, sino como una facultad que el ordenamiento jurídico otorga a todos aquellos seres humanos que nacen cumpliendo unas condiciones predeterminadas por el mismo, de modo que, desde ese momento, si cumplen con determinado criterio selectivo, son capaces para ostentar derechos y asumir deberes en el mundo jurídico. Desde esta perspectiva, se identifican personalidad jurídica y capacidad jurídica y queda la personalidad jurídica dependiendo de la creación legislativa y no de la condición ontológica de persona⁸ propia del ser humano.

La personalidad, se concibe como la influencia de una serie de derechos innatos, derivados de la misma naturaleza personal del hombre, entre los que se encuentra, por ejemplo, el ser posible titular de derechos y obligaciones sociales. Dicho de otro modo, el hombre es persona en razón del dominio que de sí mismo tiene y por lo tanto es portador de una suma de derechos naturales que se manifiestan por el hecho de tener personalidad y por lo tanto ser capaz de tener verdaderos derechos⁹.

En la concepción iuspositivista los conceptos de persona y de personalidad pierden todo contenido ontológico y se convierten en una mera posibilidad de ser centro de imputación de derechos y obligaciones, como ente abstracto creado por las normas jurídicas vigentes.

En definitiva, puede afirmarse que el derecho moderno concede o reconoce la personalidad jurídica a todos los hombres a pesar de las diferentes concepciones iuspositivistas, con lo cual éstos pueden cumplir sus fines en la convivencia social. Pero, como existen fines que el individuo no puede realizar por sí mismo, el ordenamiento jurídico reconoce también la personalidad jurídica (que más bien es capacidad jurídica) a ciertas organizaciones o colectividades humanas, que tienden a la realización de esos fines colectivos. De aquí que existan dos clases

⁸ Hervada, Javier, op.cit, p. 86.

⁹ Hervada, Javier, Ídem.

de personas, en sentido jurídico: las llamadas naturales, físicas o individuales, que son los seres humanos y las llamadas personas jurídicas, morales o colectivas las cuales no tienen estatuto ontológico individual y por lo tanto no tienen derechos naturales, que se integran en esas entidades que se constituyen para la consecución de fines permanentes de los hombres.

Cada ser humano, en este sentido y en cuanto ser libre, tiene una cierta personalidad que lo identifica y por consiguiente, lo distingue de los demás. Se trata, precisamente, de la identidad personal que le otorga tanto el peculiar código genético como la personalidad que cada ser se construye a través de su vida en tanto ser libre y en coexistencia.

La personalidad es la expresión cambiante de la persona, de cada ser humano. La personalidad se forja, sobre una base genética y espiritual, mediante el inexorable ejercicio de la libertad ontológica en qué consiste el ser humano. La personalidad se va perfilando en el curso de la vida, mediante una sucesión de hechos.

Así, tanto la perspectiva jurídica como la filosófica, anteriormente expuesta, se complementan y dan una visión esencial del hombre como persona con personalidad, misma que se despliega en el tiempo en que vive el ser humano. La libertad y la temporalidad, permiten que cada ser humano construya y tenga su propia e intransferible identidad personal como un interés existencial digno de ser protegido por el ordenamiento jurídico, “el hombre no es pieza de un conjunto, sino, sino protagonista de la historia por medio de decisiones libre; cada hombre es señor de sí, de modo que la sociedad humana es la armónica conjunción de libertades”¹⁰. La identidad personal y la libertad que de esta se desprende, debe ser puesta en la legislación y defendida en la función desempeñada por los jueces. Afirmando contundentemente que para entender y defender los derechos humanos es necesario conocer la naturaleza humana puesto que en ella está la base, no solo de todo ordenamiento jurídico positivo, sino de todo orden jurídico derivado de la condición racional de hombre.

¹⁰ Hervada, Javier, *Ibidem*, p. 66.

Así, en algunos países se encuentran normas que otorgan a la persona y a la personalidad, derechos de características especiales o se concibe al ser humano como depositario de ciertos derechos innatos y su regulación parte de su reconocimiento y protección. Algunos otros países no las contemplan, lo cual puede atribuirse lo mismo a sus modelos económicos que a sus sistemas políticos erróneos y autoritarios.

1.3. EL ACTO HUMANO

La persona humana, “fundamento último de todo derecho, natural o positivo,”¹¹ muestra, por sus acciones la fuerza de su naturaleza racional al ser capaz de dominio de sí mismo y en consecuencia de su entorno,¹² siendo por ello titular de derechos naturales. Ser persona implica un hecho natural que origina cualquier ordenamiento jurídico, pues “a diferencia del animal, la persona se posee a sí misma y domina las cosas de su entorno, que, cuando pasan a su dominio, son verdaderamente suyas. La persona posee su ser y posee las cosas, de modo que atacar ese dominio ataca su estatuto ontológico. La posesión de la persona engendra deuda en las demás personas”. . .¹³, por lo cual, “es obvio que el derecho –el fenómeno jurídico- sólo es captable por la razón y únicamente puede tener vida dentro de un sistema racional de relaciones interpersonales, de persona a persona que se reconocen como tales¹⁴ y que excluyen a la fuerza como elemento que guíe dichas relaciones. EL positivismo jurídico no parte de esta realidad personal y olvida la naturaleza del hombre y de sus acciones al afirmar que la personalidad jurídica es una creación del orden jurídico positivo negando por lo tanto que el ser humano posea la capacidad ontológica de ser sujeto de derecho, por lo que todo estudio jurídico iuspositivista limita su visión y su

¹¹ Hervada, Javier, *Ibidem*, p. 89.

¹² Hervada, Javier, *Ibidem*, p. 90.

¹³ Hervada, Javier, *Ibidem*, p. 67.

¹⁴ Hervada, Javier, *Ibidem*, p. 67.

profundidad en el marco de los ordenamientos positivos. Considero importante estudiar el acto humano por ser una dimensión de la vida humana que interesa, en el ámbito jurídico, a sus operadores en general y a los jueces en específico.

Naturaleza (lat. *Natura*, de *nasci*, nacer), es la esencia entendida como principio de acción,¹⁵ fuente de donde nace el obrar del ser, que en los hombres se desarrolla por medio de facultades que hacen pasar la potencia existente en su naturaleza, al acto que reside en la acción humana, para que, por “el entendimiento el hombre se adhiera necesariamente a los primeros principios del saber y a las conclusiones que de ellos proceden...y la voluntad aspire hacia el fin último. Solo en tal bien alcanza el hombre la felicidad”¹⁶ en donde encontrará su total perfeccionamiento y el reposo de sus legítimas aspiraciones.

Los actos humanos son buenos o malos, imputables o inimputables, lícitos o ilícitos. Estas clasificaciones dependen del dominio que el hombre tenga de sus actos y del plano desde el cual se observen. La universalidad e importancia que tiene el estudio del acto humano deviene de que es el objeto de estudio de diferentes ciencias y de la perspectiva desde la cual se contemple un mismo acto, depende el método de investigación y las afirmaciones a realizar sobre el mismo, (por ejemplo, un asesinato puede producir efectos en el plano jurídico y en el psicológico y así ser objeto de estudio de estas dos ciencias), lo que nos muestra que estudiar el acto humano en si mismo nos provee de materia importantísima en el ámbito jurídico y en sus relaciones con sus disciplinas auxiliares, por eso tratar los actos humanos es primordial e indispensable al ser materia de estudio de los juzgadores.

Las facultades que posee el hombre, son la inteligencia que conoce y la voluntad que quiere, “son coexistentes pero diversas”¹⁷. Esta es la raíz de la libertad (vis electiva), la facultad de opción tiene grados. Corre pareja con las modalidades del entendimiento. Al ejercicio intelectual de la aprehensión, corresponde el querer

¹⁵ Zuloaga, Pedro y Palomar, Carlos, (Traductores), *Diccionario enciclopédico de la fe católica*, México, Jus, 1953. p. 408.

¹⁶ Hugón, Eduardo, O. P., op.cit., p. LIX.

¹⁷ Hugón, Eduardo, Ídem.

atraído por el instinto, que es satisfacción corporal. La operación intelectual del juicio tiene su comportamiento volitivo en la intención. El sujeto sabe de dónde y adónde va. La mente, después, pondera, razonando para sugerir un consejo fundado. A esto puede responder la voluntad con el consentimiento. Por esta vía se llega al juicio práctico, que promueve la elección, culminando así el proceso electivo. A continuación viene el proceso ejecutivo. Al mandato del espíritu sigue la aplicación activa traducida en obra, la cual trae consigo el gozo. La libertad tiene un límite: la diáfana conciencia del bien último.¹⁸ De lo magistralmente expuesto por Francisco Larroyo en el análisis de la obra se desprenden una serie de pasos en el desarrollo del acto humano que se refieren al fin y a los medios, dichos pasos se realizan; unos con el entendimiento y unos con la voluntad. A continuación los describiré con la mayor brevedad posible. Siguiendo a Royo Marín podemos encontrar “en todo acto humano tres elementos: el cognoscitivo, el volitivo y el ejecutivo”¹⁹.

El elemento cognoscitivo es el inicio del actuar humano, es aquel que realiza el entendimiento presentando tanto el fin como los medios necesarios para su consecución.

Existen una serie de pasos por los que el entendimiento práctico se desenvuelve y son: el conocimiento del acto o advertencia (y la atención), la deliberación acerca de realizarlo o no y el conocimiento de la relación del acto con el derecho natural²⁰. Por la advertencia el entendimiento percibe la obra que va a realizar²¹, es un paso anterior a la atención pues esta no solo percibe, sino que también aplica la mente a un objeto.²²

La advertencia es indispensable para que un acto humano posea pleno dominio y libertad. En el plano moral es necesaria la advertencia para determinar la bondad

¹⁸ Hugón, Eduardo, *Íbidem*.

¹⁹ Royo Marín Antonio, O.P., *Teología moral para seglares*, México, BAC, 1956, p. 4.

²⁰ Hervada, Javier, *Cuatro lecciones de Derecho Natural*, 4ª. Edición, Pamplona, EUNSA, 1998, p. 61.

²¹ Hervada, Javier, *op. cit.*, p. 45.

²² Balmes, Jaime, *El criterio*, México, Porrúa, 1999, c2 n1, p. 4.

o maldad de un acto humano pudiendo aumentar o disminuir, e incluso desaparecer la gravedad de una falta pues consiste en la percepción consiente que se refiere tanto al acto en sí como a su relación con la ley y el derecho²³ .

La deliberación es el acto por el cual la razón pondera la conveniencia o disconveniencia del acto a realizar y su licitud o ilicitud, como paso previo para tomar la decisión de obrar o no obrar. Comprende tres momentos: a) el juicio de posibilidad y de conveniencia de la acción, tanto por razón de la finalidad a obtener como por su licitud; b) el consejo o deliberación sobre los medios a emplear para realizar la acción; y c) el juicio práctico de elección de los medios más oportunos²⁴.

También existen una serie de vicisitudes o impedimentos que dificultan el ejercicio de las funciones propias del entendimiento, estas deben ser vencidas siempre que se quiera obrar con rectitud. Son impedimentos del elemento cognoscitivo; la ignorancia, la inadvertencia, el error y el olvido.²⁵

La ignorancia dice Royo Marín es la carencia habitual de ciencia en un sujeto capaz²⁶. La ignorancia vencible es aquella que se puede disipar con una diligencia razonable; estudiando actuando reflexionando o consultando, esta clase de ignorancia es la más perjudicial debido a que impide el desarrollo del hombre, su perfeccionamiento pues es indispensable que cada quién conozca sus deberes para crecer como persona, los que le exige su circunstancia particular con relación a sí mismo y a los demás, teniendo que responder cada quién, en el plano religioso, moral, ético y jurídico al principio “de que las personas son responsables de sus actos.”²⁷ Por ejemplo todo juzgador debe conocer y manejar hábilmente el ordenamiento jurídico vigente, conocer la naturaleza humana, la naturaleza de la conducta humana, la doctrina jurídica, sus deberes éticos, los principios jurídicos

²³ Hervada, Javier, op. cit., p. 61.

²⁴ Hervada, Javier, Ídem.

²⁵ Hervada, Javier, Ibídem.

²⁶ Royo Marín, Antonio, op.cit., p. 60.

²⁷ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, Colección textos jurídicos universitarios, 5ª. Edición, México, Oxford, 1999, p. 214.

en general y en particular los principios generales del derecho, poseer un amplio bagaje cultural y tener nociones de derecho extranjero para así poder realizar su labor con profesionalismo.

La inadvertencia es la falta de atención actual a una cosa, que se desconoce habitualmente.

El error es la falta de adecuación de la inteligencia con la realidad²⁸, lastimando así, el desarrollo integral del hombre por la falta de veracidad en sus juicios y en sus razonamientos.

El olvido es la privación actual o habitual de un conocimiento que se tuvo anteriormente.

La razón emite un juicio práctico sobre la acción concreta que la persona se dispone a realizar o ha realizado²⁹ y sus impedimentos, comparándolo con la ley natural³⁰. A este juicio o dictamen se le conoce como conciencia. Un conjunto jerarquizado de inclinaciones o tendencias se desprenden de la naturaleza humana, son el parámetro objetivo que tiene la conciencia para juzgar con veracidad y rectitud sobre el deber ser de sus actos (v. gr. salvar la vida, honrar a los padres.). Esto es la conciencia un acto de enjuiciamiento en el caso concreto el alcance de una inclinación; “un dictamen o juicio de la razón práctica sobre la conformidad del acto humano con la ley natural”.³¹ Como la naturaleza humana no es conocida con perfección, la conciencia puede ser errónea o disconforme con sus inclinaciones. La razón procede generalmente de lo universal, que es comúnmente conocido por todos los hombres, a lo particular, que generalmente no es conocido por la mayoría de los hombres. Leamos a Santo Tomás que lo expone magistralmente: “la razón práctica maneja cosas contingentes, entre las cuales se encuentran las operaciones humanas; y así, aun cuando haya alguna necesidad en las cosas comunes, sin embargo, mientras más se desciende a lo particular se encuentran más fallas; por ello la verdad no se encuentra en todas

²⁸ Hervada, Javier, op.cit., p. 66.

²⁹ Hervada, Javier, Ídem.

³⁰ Hervada, Javier, op.cit., p.67

³¹ Hervada, Javier, op.cit., Ídem.

las conclusiones conocidas por los hombres, sino solo en los principios que vienen a ser como los conceptos comunes”³² por eso afirmo que la conciencia es falible y por lo tanto perfectible. La conciencia es una expresión de la subjetividad de la persona,³³ de la razón práctica que debe actuar con veracidad (aunque no siempre lo haga por las razones antes expuestas) conformándose con la realidad, que es la ley natural (las inclinaciones propias del hombre iluminadas por un juicio racional, circunstancial), de lo cual se desprende que las acciones del hombre deben ser rectas siguiendo a la conciencia. La conciencia es norma próxima de nuestros actos³⁴, no se debe actuar contra ella, pues si se le contraviene no se tiene la disposición presente de cumplir con la ley natural, de conducirse como ser racional y entonces se obra mal. El error invencible, no hace que el hombre actúe mal (subjetivamente hablando) porque no sabe que está en él; o porque ha hecho lo posible por salir de él sin conseguirlo³⁵, aunque no actúe mal puede degradarlo (al hombre) o destruirlo pues, al no haber conformidad con las inclinaciones naturales y la norma racional que sobre ellas recae en el caso concreto, (por lo general las menos universales pues generalmente el hombre busca el bien) no hay una referencia real que lo conduzca a la felicidad. En cambio la falta de rectitud en el actuar, que consiste en el error vencible; cuando uno juzga mal por descuido en informarse³⁶, o en la indisposición para seguir la conciencia, implica la contravención de lo natural pues se desprecia la consistencia racional del hombre degradando su dignidad natural. La conciencia recta no se confunde con la verdadera. Uno puede juzgar con rectitud aún estando inculpablemente en el error.³⁷ El acto humano, objetivamente hablando, es bueno si la conciencia es veraz y malo si incurre en error y considerado dicho acto desde un punto de vista

³² De Aquino Tomás, *Tratado de la ley, tratado de la justicia, opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, México, Porrúa, 2000, p., 29-30.

³³ Hervada, Javier, op.cit., p. 69.

³⁴ Faria, J. Rafael, *Curso superior de religión*, 11ª. Edición, Bogota, Voluntad Ltda., 1961, p. 196.

³⁵ Faria, J. Rafael, op. ct., p.197.

³⁶ Faria, J. Rafael, Ídem.

³⁷ Faria, J. Rafael, Ibídem, p. 198.

subjetivo es bueno si se realiza con rectitud y malo si se realiza sin ella. Por lo tanto el acto humano, según actúe la conciencia y se le respete, puede ser veraz y recto, veraz y carecer de rectitud, ser erróneo y carecer de rectitud o ser erróneo y recto.

Por el dictamen que la razón realiza, la forma de actuar puede ser preceptiva, mandando algo; conciliativa, si aconseja su realización; permisiva, si lo permite; y prohibitiva, si lo prohíbe.³⁸ . Siendo una grave obligación³⁹ en el obrar humano la conciencia verdadera y recta, es natural que surjan dudas en la emisión del dictamen práctico pues no siempre existe seguridad de la mente de que algo es verdadero, o dicho de otro modo, se puede vacilar sobre lo lícito o ilícito del actuar. A la seguridad de la inteligencia se le conoce como certeza por la evidencia y a la inseguridad como duda, por falta de ella⁴⁰ . La primera proporciona tranquilidad, la segunda inestabilidad emocional, son estados subjetivos importantes puesto que la conciencia cierta es la regla del bien obrar⁴¹ . Ante la conciencia dudosa generalmente no se debe actuar por la posibilidad latente de contradecir la ley natural⁴² . La conciencia dudosa, con relación al peso de los motivos de dicha vacilación, puede ser razonable o no razonable en función de si son determinantes o no dichos motivos para concluir la licitud o ilicitud del acto humano⁴³ . En lo tocante al objeto de la duda puede ser de hecho o de derecho; si de derecho recae sobre la existencia y alcance de una inclinación natural y su norma racional (ley natural) y si de hecho concierne a las situaciones fácticas en sí mismas y su conformidad con la ley natural⁴⁴ . Otro estado de la conciencia puede ser el de perplejidad consistente en la emisión de dos dictámenes contradictorios⁴⁵ y ciertos

³⁸ Royo Marín, Antonio, op.cit., pp. 158-159.

³⁹ Faria, J. Rafael, op. cit., p. 198.

⁴⁰ Hervada, Javier, op.cit., p. 73.

⁴¹ Hervada, Javier, Ídem, p. 75.

⁴² Hervada, Javier, op.cit., p. 75 –76.

⁴³ Hervada, Javier, op.cit., p. 77.

⁴⁴ Hervada, Javier, Ídem.

⁴⁵ Hervada, Javier, op.cit., p. 79.

sobre la realización de una acción ilícita. Para solucionar este conflicto lo más conveniente es buscar la salida de dicho estado por medio de un análisis profundo. Si no se logra salir del estado de perplejidad, por falta de tiempo o a pesar del esfuerzo, la solución consistirá en elegir la opción con la que se logre hacer el mayor bien posible, pero de no encontrar algún bien mayor se podrá elegir indistintamente alguna de las opciones⁴⁶.

El elemento volitivo o voluntario, está compuesto por una serie de pasos que siguen al elemento cognoscitivo antes estudiado. Admitimos con Santo Tomás de Aquino la primacía de los actos del entendimiento sobre los de la voluntad pues, como ya mencione, la responsabilidad de un acto depende del conocimiento del fin y de los medios constitutivos de dicho actuar humano. “El acto voluntario es aquella acción que procede de la voluntad con conocimiento del fin”⁴⁷ La voluntad apetece tanto el fin como los medios propuestos por la razón, mediante los actos que a continuación mencionare brevemente: En lo tocante al fin; ante la simple aprehensión del fin existe la simple volición del fin, ante el juicio que presenta el fin como asequible la voluntad coloca la intención en dicho fin; con referencia a los medios: ante el consejo desplegado por el entendimiento practico la voluntad consiente sobre los medios posibles previamente investigados, en presencia del juicio discretivo-práctico encontramos la elección por medio de la cual la voluntad opta por el medio más adecuado. La voluntad es una potencia del alma humana⁴⁸ que apetece lo que la razón le muestra, pudiéndose entender a partir de esto que la extensión de lo voluntario llega hasta donde se conoce, “la voluntad actúa bajo la luz de la inteligencia”⁴⁹. “Es un principio intrínseco, porque procede del interior de la persona...es un acto original de la voluntad, que puede estar estimulado por agentes exteriores pero no causado por ellos”⁵⁰.

Varias consecuencias se infieren de lo anterior:

⁴⁶ Hervada, Javier, op. cit., p. 80.

⁴⁷ Hervada, Javier, Íbidem. p. 81.

⁴⁸ Hervada, Javier, Ídem.

⁴⁹ Hervada, Javier, Ídem.

⁵⁰ Hervada, Javier, Ídem.

1.- Toda acción proveniente de leyes físicas intrínsecas en el hombre no es un acto humano (v. gr. el proceso de digestión), sin advertencia o conocimiento... son actos no racionales⁵¹;

2.- Todas las acciones causadas por violencia física o moral no son acciones humanas pues no son voluntarias⁵² (v. gr. amenaza de muerte en un contrato);

3.- Toda acción que por necesidad se permite pero no se quiere; se limita a no oponerse para evitar un mal mayor o para alcanzar un bien lícito, (v. gr., la no represión violenta, por parte de la autoridad, de una manifestación pública ilícita por considerar que se pueden provocar, con este hecho, violaciones graves a garantías individuales de ciudadanos inocentes ajenos al disturbio.). Este tipo de acciones no está sujeto a la responsabilidad que le correspondería normalmente a cualquier acto humano.

4.- Toda acción desarrollada con ignorancia no culpable, causada por un principio extrínseco, es involuntaria y por lo tanto, por la falta de conocimiento, no es un acto humano. Para que una conducta sea toda ella voluntaria, es preciso que la persona la conozca en todas sus partes y circunstancias, de modo que en lo ignorado, la acción no es voluntario; si no hay advertencia no hay voluntariedad y si hay advertencia semiplena el acto es semivoluntario,⁵³ lo cual es de suma importancia en la labor del juzgador puesto que el conocimiento del presente tópico le permite formar su criterio en lo relativo a la gravedad de cualquier infracción a las normas positivas o naturales.

Con respecto a la voluntariedad, Javier Hervada nos dice que un acto humano, puede ser puro o mixto dependiendo de si es total o parcialmente querida su realización *simpliciter* o *secundum quid*. En el acto voluntario mixto existe responsabilidad por la parte intencional que lo caracteriza atenuándose dicha responsabilidad en razón de la parte involuntaria que lo compone.⁵⁴ El acto voluntario puede ser directo o indirecto; si directo, se intenta su realización

⁵¹ Hervada, Javier, op. cit., p. 82.

⁵² Hervada, Javier, Ídem.

⁵³ Hervada, Javier, Ídem.

⁵⁴ Hervada, Javier, op. cit., p 85.

queriéndose sus consecuencias; pero si indirecto, las consecuencias son permitidas más no queridas, soportándose las mencionadas consecuencias para lograr la realización del acto intentado⁵⁵. Entre los actos humanos algunos producen un doble efecto siendo uno fin y el otro efecto secundario⁵⁶, provocando un conflicto cuando es malo el efecto secundario y bueno el fin. Para salir adelante en este conflicto recordare los siguientes consejos:

- 1) Si la acción es mala, el fin no justifica los medios.
- 2) El efecto secundario solo debe ser permitido más no querido.
- 3) Que el efecto secundario, si es malo, no sea medio stricto sensu.
- 4) Que el fin y el efecto secundario se den paralelamente en la acción.
- 5) Que el fin sea en si mismo bueno y proporcionalmente mayor al mal conseguido en el efecto secundario.⁵⁷

La actividad de la voluntad puede manifestarse como un estado o disposición para actuar y como una aplicación presente o actual. La voluntad en acto o voluntariedad actual causa el acto humano concreto debido a que “la voluntad opera un acto con fuerza presente”⁵⁸. Los estados o disposiciones de la voluntad son la voluntariedad habitual y la interpretativa. La voluntariedad habitual indica una disposición pronta para obrar bien o mal, mientras que “la voluntariedad interpretativa es la inclinación o repulsión de la voluntad hacia un acto”, de modo que si se hubiese presentado la ocasión de actuar o no así se hubiese obrado.⁵⁹

En *el elemento ejecutivo* Al mandato del espíritu sigue la aplicación activa traducida en obra, la cual trae consigo el gozo⁶⁰. Encontramos el conjunto de potencias que completan el acto humano, siendo dichas potencias, expresión externa de la inteligencia y la voluntad. Esencialmente el acto humano ya fue

⁵⁵ Hervada, Javier, op. cit., p. 85-86.

⁵⁶ Hervada, Javier, op. cit., p. 87.

⁵⁷ Hervada, Javier, op. cit., p. 88.

⁵⁸ Hervada, Javier, Ídem.

⁵⁹ Hervada, Javier, op. cit., p.89.

⁶⁰ Hugón, Eduardo, op. cit., p. LX.

realizado en el fuero interno del hombre, pero este elemento posee importancia irremplazable pues intensifica y concluye la acción humana libre.

Ejemplo de la importancia que conlleva para el juez el estudio de las acciones humanas puede observarse cuando tiene que valorar jurídicamente las cláusulas de un contrato indagando cual fue la intención de las partes, lo que implica una reflexión sobre el elemento interno o psicológico de dichas acciones. Se pueden encontrar muchas divisiones relacionadas a cada elemento compositivo del acto humano, pero considero satisfechas las necesidades en lo que a esta investigación concierne, por existir un vínculo estrecho con los temas jurídicos que serán abordados en los ulteriores capítulos pues las anteriores argumentaciones nos llevan a asegurar que el hombre es dueño de sus actos (pudiéndose inferir de esto su dignidad) y por lo tanto responsable de los mismos ante los demás siendo, por esta razón, sujeto de derechos y obligaciones. El juez al estar frente a un ser humano y teniendo una obligación de emitir juicios justos y equitativos sobre sus acciones debe conocer cómo se desarrollan dichas acciones. El hecho de que el juzgador mejore su criterio en torno a lo humano elevará la calidad de la administración de justicia en México. En este sentido el ilustre catedrático Javier Saldaña Serrano citando a María del Carmen Platas afirma que el juez prudente, en la búsqueda y ubicación de lo justo o de lo que es suyo de cada cual, evalúa cada elemento que compone un acto humano, integrando lo universal y lo particular; es decir, considerando tanto la clase jurídica imputada al acto cometido como las circunstancias y el fin que motivó al justiciable a cometerlo.⁶¹

⁶¹ Saldaña Serrano, Javier, *Ética judicial virtudes del juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 35.

1.4. EL HOMBRE EN LA SOCIEDAD

Como reunión de seres inteligentes que unen sus mentes voluntades y fuerzas para lograr un bien común, es la forma en que concibo, en su aspecto más general, a la sociedad. Del examen de la naturaleza del hombre, se desprende su incapacidad para realizar aisladamente el cumplimiento de su acervo teleológico y se concluye que es connatural al hombre la sociedad, mediante la cual puede él lograr cabalmente su destino. Es así como se llega a nociones trascendentalísimas. El hombre por el dominio recto de sus acciones es como alcanza la felicidad y perfecciona su naturaleza, pero cabe aclarar, que el ámbito en el que naturalmente se desarrolla, -dominándose y perfeccionándose-, es el social y esto se observa en la dependencia social existente desde su nacimiento hasta su muerte. Se nota esta dependencia social en cada etapa de la vida; cuando nace (estando indefenso en lo absoluto), se desarrolla (v. gr., cuando aprehende de sus padres la virtud de la gratitud), madura (v. gr., la satisfacción de necesidades en los individuos de una comunidad por la prestación de servicios realizada por el Estado), y envejece (v. gr., cuando los hijos cuidan de su madre). Mientras el hombre busca realizarse tiene el deber ético y jurídico de no impedir a otro hombre el cumplimiento de su fin individual. Entonces la sociedad es un medio necesario para la realización del destino humano; la felicidad. En tanto que la sociedad tiene preeminencia sobre el individuo, persigue la institución, conservación y desarrollo de las condiciones materiales y espirituales para que todos y cada uno de los hombres puedan satisfacer sus necesidades en el orden del cuerpo y en el del espíritu. Por último, la sociedad no puede, sin desnaturalizarse a sí propia, invadir el ámbito de la persona impidiendo a ésta el ejercicio de los derechos, mediante el cual logra dicha persona su plenitud, su realización.

Por este breve esquema es cómo pienso que se estatuyen los principios que han de lograr el equilibrio entre lo personal y lo social.

Ahora bien, para evitar que lo social absorba indebidamente lo individual, es forzoso no caer en las arbitrariedades individualistas de concebir a la persona

como un ser abstracto, sino como algo concreto y real, con aspiraciones religiosas, morales, familiares, económicas, físicas, emocionales y laborales. Es así como se puede afirmar que la persona, sin renunciar a su destino particular, se subordina a la sociedad cooperando a la consecución de los fines comunes, sirviéndole precisamente éstos a su vez para el logro de los suyos, cuestión que se confirma con lo siguiente:

“No es posible en efecto, que sean nobles las acciones del gobernante que no aventaje a los demás tanto como el varón a la mujer, o el padre a sus hijos, o el señor a sus esclavos;...Entre iguales, lo bueno y lo justo es que cada uno tenga su parte y oportunidad...Es manifiesto, en conclusión, que la misma vida es necesariamente la mejor tanto para cada hombre en particular como para las ciudades en general.”⁶²

De lo hasta aquí expuesto considero cuál es la recta noción que se debe tener de la sociedad. Desde luego el concepto de sociedad hace referencia a personas, a relaciones entre personas y a finalidades, que son comunes a esas personas y que son de carácter permanente.

Por lo dicho hasta aquí, puede entenderse que en el sistema orgánico-moral para distinguirlo de las concepciones del organicismo positivista, no tiene cabida la visión mecanicista del liberalismo, que convirtió a la sociedad en una simple agregación mecánica de átomos, en este caso fungiendo como tales los individuos. Sin estar absolutamente conforme, principalmente por la terminología aplicada, con la teoría del organismo moral, acepto la concepción de la sociedad como un todo orgánico cuyos componentes directos son también de carácter orgánico y no mecánico; del mismo modo que en un organismo natural se considera que sus elementos específicos participan también de la índole orgánica.⁶³

⁶² Aristóteles, *Ética nicomaquea política*, Libro VII, cap. IV, México, Porrúa, 2000, p. 281-282.

⁶³ La acepto en un sentido analógico, pues los factores que actúan y se desarrollan de un modo armónico en la sociedad, llevan a cabo una serie de funciones de naturaleza dinámica, necesarias para alcanzar el fin común de toda sociedad. Los factores antes mencionados tienen la naturaleza de la sociedad en su conjunto.

Es por esto que se ha pensado y con razón, que el elemento último de la sociedad es el grupo humano fundamental, constituido por la familia y no el individuo; de la manera misma que el elemento último del organismo natural es la célula y no el átomo. El individuo se integra en la sociedad no de una manera inmediata, sino a través de los elementos directos de la sociedad, que son, forzosamente, también sociedades. Tal es lo que la observación de la vida social nos entrega. De donde se confirma lo ya asentado: que el hombre verdadero, no es el ente ficticio y abstracto del individualismo, “que sólo tiene existencia en el ordenamiento jurídico y para los fines que el mismo persigue”, sino un ser concreto que vive y se desarrolla de una manera real y efectiva en una variedad más o menos rica de sociedades, pero que siempre, en términos generales, pueden reducirse a algunas fundamentales.

Lindsay presenta con claridad la función que realiza el Estado en la comunidad las características de toda comunidad; La vida común de la sociedad la viven los individuos en relaciones sociales de toda especie –iglesias, sindicatos, instituciones, de toda índole-. A través de ellas se desarrollan la vida religiosa, la vida científica y la vida económica de la sociedad. Cada una tiene su propio desarrollo. Hay en ellas una esfera de iniciativa, espontaneidad y libertad. Esa esfera no la puede ocupar el Estado con su instrumento de coacción, pero no puede existir sin la protección y la labor de coordinación del Estado. Bosanquet denomina al Estado “la crítica operante” de las instituciones. Los hombres actúan guiados por propósitos limitados en asociaciones e instituciones adaptadas a tales propósitos. Como su percepción y sus lealtades son limitadas, se producen desarmonías y conflictos, que no pueden ser eliminados sino por alguna organización que se ocupe de conseguir el funcionamiento armónico del conjunto, criticando y obrando de acuerdo con esa crítica. Aunque al estado le interesa la vida de la comunidad como conjunto, no es el conjunto. Tiene una tarea definida con respecto a la totalidad de la vida: comprender los principios que rigen esa vida –no prescribirlos-; diagnosticar las enfermedades que la afectan y exigen una regulación común para su remedio... pero la finalidad de las normas más que

imponer es permitirle libre espontaneidad y la libertad y la mejor crítica de su éxito la da el grado en que sus normas consiguen tal propósito.⁶⁴

La doctrina común coincide en señalar como tales en primer término, a la familia, las sociedades vecinales, las sociedades educativas incluyendo en estas las deportivas y las artísticas, después al Municipio y generalmente también a la comarca, provincia o región considerándolas como sociedades naturales; agregándose a ellas las sociedades denominadas a veces artificiales que se distinguen por su carácter funcional, es decir, aplicadas al ejercicio de una función social determinada, que lleva como finalidad satisfacer necesidades humanas; en lo que se distinguen de las agrupaciones naturales que por su esencia miran a la satisfacción del conjunto de las exigencias del hombre. Así pues, la familia procura el cumplimiento del destino del hombre, en todos sus aspectos: material, intelectual y espiritual. Pero no siendo suficiente su capacidad, los medios que tiene a su alcance, para conseguirlo de una manera completa, hace necesaria la aparición del Municipio, que es un conjunto de familias que suplen las deficiencias de cada una de ellas en orden al logro de los fines humanos. A su vez, los Municipios en los que ya hay un principio mayor de suficiencia propia, dan origen a otra comunidad aún más vigorosa y capacitada que reúne a varios de ellos y mediante el concurso de todos tiende a suplir también la deficiencia del municipio aislado; ésta nueva agrupación recibe varios nombres como los de comarca, entidad y región. Así pues crece la suficiencia de las comunidades hasta llegar a conformar Estados y después sociedades de naciones. Por lo que sin lugar a dudas la sociedad es la reunión mayor o menor de personas, familias, pueblos o naciones. Agrupación natural o pactada de personas con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida.⁶⁵ Ese conjunto de sociedades que arranca de la familia y que se corona con la sociedad que se constituye en Estado (que a su vez forma comunidades internacionales),

⁶⁴ Lindsay, A. D., *El estado democrático moderno*, (traducción) Vicente, Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1945, pp. 349-350.

⁶⁵ *Enciclopedia Salvat*, Salvat, Editores, Tomo 12, 1971.

es preciso considerarlo como un orden que surge de un conjunto de relaciones y de fuerzas de hechos y de actos y el Estado no puede eximirse de esas relaciones.

El conjunto de agrupaciones formadas, las relaciones entre estas y el individuo, el poder que adquieren unos y otras, sus necesidades, sus derechos, sus deberes, sus fuerzas y sus fines me hace concebir el orden social como algo objetivo que brota de las mismas cosas. La sociedad, como la naturaleza, se presenta como un orden. Esta es la idea primaria y fundamental. Después, ese orden podrá ser respetado y perturbado por los hombres, pero en todo caso lo que habrá que explicar es el desorden y no el orden.⁶⁶ Lo que se da es el orden y lo que necesita ser aclarado es cómo nació el desorden. Quiere esto decir que las cosas, tanto del mundo físico como del mundo social, no son de por sí amorfas, caóticas y están pacientemente esperando a que el hombre se decida darles un orden. Son como son y no como el hombre quiere que sean. Llevan su orden en las entrañas mismas de su naturaleza y desde que existen lo realizan.

No se puede concebir un ideal del orden a que hubiera de someterse la naturaleza o la sociedad. El orden está ahí, en la misma realidad y en vez de fabricarlo caprichosamente, a lo que el hombre debe aplicarse es a conocerlo con exactitud. Esta objetividad del orden limita sin duda las posibilidades del hombre. No puede hacerse una sociedad a la medida de nuestros deseos. O respeta la realidad, o se condena irremisiblemente al fracaso, Por lo mismo que la realidad es un orden y no un caos, no debe existir ningún miedo de perderse en ella. Nada se ha dejado al azar, todo está hecho con número, peso y medida. Cada cosa está en su lugar. Si alguna vez no parece así, no es que la realidad falle, sino que la verdad no se ha encontrado aún. Ahondando más, la aparente contradicción será superada por el orden y la armonía.

Pero, nótese, bien, este orden no es estático, sino esencialmente dinámico. Individuos, conjuntos, grupos, organizaciones, sociedades, sus actividades y procesos, se definen –en su naturaleza, en su estructuración y funcionamiento–

⁶⁶ Landsberg, *La Edad Media y Nosotros*, Madrid, 1925, p. 18.

como unidades organizadas en sistemas complejísimos a partir y a través de un conjunto de polos-principios generadores... Fuerzas y centros en relaciones conflictivas se ordenan y se integran en el conjunto social, mediante ubicaciones y jerarquizaciones cambiantes...Son parte de un devenir que las trabaja y modifica, pero se mantienen en el tiempo; actúan y reaccionan; deben ser estudiadas en sí mismas y en sus interrelaciones, sin privilegiar ninguna de ellas en detrimento de las otras.⁶⁷ Porque el orden en la naturaleza no es mecánico, no permanece en el mismo estado en que ahora se encuentran. Pensar que la naturaleza no posee dinamismo es la destrucción de todo orden. Paralelamente, en la sociedad no se mantiene una situación, un momento histórico. El orden social exige que cuando una legislación positiva vigente sea ya insuficiente para contener dentro de ella la realidad social, desaparezca, se modifique o se cambie por otra, que se adapte mejor a las circunstancias del momento sin violentar, con esto, cualquier derecho humano. Las constantes modificaciones de la sociedad no son ordenadas sino cuando se adaptan a su tipo específico, a la línea de desenvolvimiento que le impone su misma naturaleza.

Claro está que la última explicación de todo esto hay que buscarla en la filosofía del ser. Santo Tomás admite el hilemorfismo aristotélico y de acuerdo con él supone que en la constitución íntima del ser entra un doble principio: materia y forma. La materia, plena receptividad, potencia pura de todo acto, no puede definirse más que negativamente. Capaz de llegar a serlo todo, no es algo sino cuando la determina la forma. Con ella el ser se realiza, empieza a ser, es lo que es. Pero si todo ser es esencialmente dinámico, sus actividades son tan distintas como las formas que las originan. Cada uno tiene una operación propia, la que corresponde a su forma. A través de las obras, se muestra la manera de ser de quien obra.

El orden es simplemente la adaptación de cada cosa a su fin. Este concepto de orden es aplicable lo mismo para el mundo físico que para el social. Pero desde mi

⁶⁷ Kaplan, Marcos, *Revolución tecnológica, Estado y Derecho*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993, pp. 21 y 23.

punto de vista hay entre ellos la diferencia fundamental de que el hombre respecto del orden físico es tan sólo testigo y no actor; en cambio, tiene una amplia intervención en el orden social. Por eso hay en él fenómenos típicos que no se dan, ni pueden darse en el orden cósmico o físico.

Su última raíz está en la libertad del hombre y sus efectos son aún más visibles en el orden moral. También éste, fundamentalmente, es el recto encauzamiento del hombre a su propio fin. Hay orden moral cuando el hombre busca acabarse, completarse, realizar plenamente la idea de hombre. No está determinado, sino que es libre, pues la naturaleza nos da ciertas aptitudes para la virtud cuyo complemento lo recibe del hábito o de cualquier otra causa⁶⁸, para los cuales se requiere voluntariedad. La coacción física se convierte en obligación ética, en deber.

El orden social parece ocupar una situación intermedia entre el físico y el moral. Es radicalmente, como uno y otro, la perfecta realización de la sociedad; pero ni es tan independiente de la voluntad humana como el primero, ni le está tan sometido como el segundo. Hay en él un elemento objetivo que permanece inaccesible a la intervención humana, pero consta a la vez de otros elementos francamente sometidos al arbitrio del hombre. Santo Tomás parece aludir a unos y a otros cuando distingue entre las operaciones que son de la sociedad entera y aquellas otras que son tan sólo de algunos de sus miembros. Pero no insiste en esta distinción y prescindiendo por completo de las primeras se limita, como Aristóteles, a estudiar exclusivamente las segundas. Y aún las mira desde un ángulo especial, porque se fija, más bien que en su aspecto genuinamente social, en su aspecto ético, en cuanto sometidas a la libre determinación de la voluntad. No hay, pues, más que en la Ética y en lo Jurídico directrices adecuadas que perfeccionen el ser del hombre (la persona humana) en sociedad.

⁶⁸ De Aquino, Tomás, *Suma Teológica*, Tomo IX, II-II, 108, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1955, p. 2.

1.5. EL DERECHO Y LA JUSTICIA

De la naturaleza social del hombre se deriva otra realidad consistente, en lo esencial, en el conjunto de interrelaciones de carácter racional por las que la vida social adquiere un orden, determinando que le corresponde a cada persona. Lo que se entienda por derecho o *ius* y por justicia o *iustum* marcará de forma decisiva tanto el nivel de conocimiento que sobre el orden social se tenga como el descubrimiento e implementación de los medios más indicados para erradicar, en lo posible, todo desorden social fruto de la ignorancia, debilidad y malicia en la libre determinación humana. En Roma buscaron siempre transformar el *ius* o derecho en un arte⁶⁹ perfeccionándolo hasta hacer de él un medio de convivencia, creando, interpretando e integrando normas jurídicas, aclarando conceptos, poniendo en práctica formas de gobierno y todo esto con la finalidad de encontrar, en las necesidades prácticas de la vida diaria, lo justo o lo injusto de las acciones humanas que tuvieran repercusiones de carácter social. El saber lo que le corresponde a cada quién en cada situación fue a lo que los romanos llamaron como el arte del experto en el *ius* o lo justo⁷⁰. El arte del derecho es el descubrimiento de los derechos que a cada quién le corresponden, para que se le puedan respetar y devolver a su titular en cada caso concreto, así, por ejemplo en la realización o cumplimiento de un contrato se exige; (para saber lo que le corresponde a cada quién; sus deberes y derechos), la capacidad de los contratantes y su situación, la libertad contractual, la buena fe, el respeto de la palabra dada, la igualdad de las prestaciones y cosas, la equivalencia de riesgos y el equilibrio de responsabilidades. El cumplimiento de lo anterior de modo voluntario o involuntario sería la base para decir que dicho contrato fue un acto jurídico justo. Siguiendo a Javier Hervada, el punto de partida para saber lo que es el derecho y después la justicia, son dos hechos que surgen tanto del orden social y sus fuerzas como de la naturaleza racional del hombre y su dignidad.

⁶⁹ Hervada, Javier, op.cit., p. 15.

⁷⁰ Hervada, Javier, Ídem, p.23.

El primer hecho es que las cosas están repartidas, están atribuidas a distintos sujetos⁷¹ y por lo tanto, las personas ejercen un dominio sobre las cosas sin que todas estas sean ni de dichas personas en lo privado, ni de la colectividad en su conjunto, “ni todo es de todos ni todo es de la colectividad humana: hay cosas repartidas.”⁷² La racionalidad del hombre implica el dominio que de sí mismo tiene en sus acciones. Este dominio es la nota básica que convierte a la persona en sujeto de derechos y obligaciones y en un ser jurídico por naturaleza. Cuando digo que el hombre es inteligente y libre excluyo la posibilidad de que otro hombre tenga el derecho de considerarlo como una cosa de determinado valor y concluyo que quien es de naturaleza racional no es susceptible de atribución o apropiación. El hombre es en cualquier situación un fin, no un medio pues su dignidad así lo exige y por lo tanto en la convivencia social la fuerza o el placer nunca deberían constreñirlo de tal manera que perdiera, en relación a sus últimos fines, el dominio sobre sí mismo. El hombre puede apropiarse o atribuirse las cosas que le son inferiores jamás de las que le son iguales en naturaleza. Si es capaz de dominarse a sí mismo (v. gr., sus emociones) puede dominar las cosas que están en la naturaleza dispuestas para sus necesidades y las de la sociedad, naciendo de este hecho un derecho del que puede usar, disfrutar y /o abusar. Todo derecho supone un hecho⁷³ (v. gr., si digo que alguien tiene el derecho a la vida supongo que ese derecho proviene del hecho de que un hombre existe, es digno y no está presente ninguna razón para matarlo) y todo acto de justicia supone la existencia de un derecho y todo derecho se basa en la dignidad humana y la dignidad humana se sustenta en la naturaleza racional del hombre, puesto que, “si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, en darle su derecho *ius suum cuique tribuere* es evidente que la justicia solo podrá ejercerse allí donde los sujetos racionales y por lo tanto dignos tengan cosas suyas. La justicia no atribuye

⁷¹ Hervada, Javier, op. cit., Ídem.

⁷² Hervada, Javier, op. cit., p. 24.

⁷³ Taparelli, Luis, *Curso elemental de Derecho Natural*, “Todo derecho humano nace de un hecho sometido a las leyes del orden”, 1875, p. 153.

las cosas, sino que sigue al hecho de que ya están atribuidas”.⁷⁴ El mismo Javier Hervada cita al Doctor Común explicando el argumento anterior “Siendo el acto de justicia dar a cada uno lo suyo, al acto de justicia precede otro acto por el cual alguien hace suyo a algo, según consta por las cosas humanas, pues uno trabajando merece que se convierta en suyo lo que el retribuyente le da por acto de justicia. Por tanto, aquel acto por el cual primeramente alguien hace suyo algo, no puede ser un acto de justicia”⁷⁵

El segundo hecho se observa cuando “las cosas están o pueden estar en poder de otros”⁷⁶, lo que implica que lo que corresponde a una persona, un derecho está siendo conculcado (v. gr. Cuando se le quita la vida a un ser humano inocente) o una cosa esta en el ámbito de poder de otro (v. gr., en el delito de robo). Esto nos lleva a hacer valer los derechos y deberes que a cada quién le corresponden realizando un acto de justicia por medio de la restitución o subsidiariamente de la reparación.

La justicia no crea el *ius* o derecho, sino que se basa en su preexistencia. Este dato sirve para comprender por qué el conocimiento necesario para vivir conforme a justicia sea la ciencia del derecho; el saber que requiere la justicia es el saber sobre lo suyo o *ius* de cada uno, que es lo que preexiste al acto de justicia. En segundo lugar, sirve para deslindar la justicia en sentido más propio o estricto –la justicia del jurista, del juez- de los significados análogos o acaso abusivos de esta palabra. No puede invocarse la justicia allí donde no hay un título y un fundamento, no puede calificarse de justo aquello que no es un verdadero y propio *ius* o derecho, una vez constituido un derecho es cuando opera la justicia, dando a cada uno su derecho⁷⁷.

Las invocaciones más o menos vagas a la justicia y a lo que es justo, cuando se trata de cosas sobre las que no se tiene todavía un título –legal o natural- son apelaciones a un sentido analógico de la justicia o un uso abusivo de la misma.

⁷⁴ Hervada, Javier, op.cit., p. 24

⁷⁵ Hervada, Javier, op.cit., Ídem.

⁷⁶ Hervada, Javier, op.cit., p. 30.

⁷⁷ Hervada, Javier, Ibídem. p. 27.

Decir, por ejemplo, que es justo que a los asalariados se les dé un mes de vacaciones será verdadero –y entonces podrá intervenir el jurista, v. gr., el juez- si hay una ley, un convenio o una costumbre jurídicamente obligatoria que así lo disponga. Cuando no sea así, cuando sea todavía, como hoy se dice, una reivindicación, puede hablarse de conveniencia, necesidad, adecuación a los postulados de la vida moderna, conquista en beneficio de una vida más humana, etc., pero no de justicia en sentido estricto, porque no hay –precedentemente- un derecho. Salvo que se entienda que tal derecho existe como exigencia de la persona humana, esto es, como derecho natural o humano. Esta es la paradoja de tantas invocaciones actuales a la justicia. Se niega el derecho natural pero se habla de derechos humanos anteriores al derecho positivo y cuando éste no los reconoce, se invoca a la justicia. Negado el derecho natural, tales invocaciones a la justicia no son coherentes, porque si no hay derecho natural no es verdad que la justicia pida el reconocimiento de los derechos humanos, porque no serán derechos en sentido propio y estricto, ni es verdad que contrariarlos sea opresión e injusticia, pues no puede entrar en liza la justicia donde no hay un derecho precedente. La invocación a la justicia frente al derecho positivo y la simultánea negación del derecho natural o humano es una contradicción⁷⁸.

Se dice así de un hombre, en particular de un legislador o de un juez, que es justo o injusto. En este sentido, la justicia se manifiesta como una virtud humana. La virtud de la justicia, como toda virtud, constituye una categoría de carácter moral⁷⁹ y en lo que se refiere a la permanencia del orden social pertenece al campo de la ética. Este comportamiento social del hombre será justo cuando sea conforme a una norma que lo prescribe como deber. Será injusto, en cambio, cuando sea contrario a una norma que prescribe un determinado comportamiento que a causa de ello ha adquirido el valor de justicia. La justicia de un hombre es la justicia de su comportamiento social, posee la nota distintiva de alteridad o

⁷⁸ Hervada, Javier, *Ibidem*. p. 26.

⁷⁹ De carácter moral puesto que, es una exigencia el hábito o disposición de dar a cada quién lo suyo para alcanzar la plenitud humana.

intersubjetividad⁸⁰. Y la justicia de su comportamiento social consiste en que es conforme a una norma objetiva que constituye el valor de justicia. Esta norma puede ser, pues, denominada norma de justicia porque exige darle a cada quién su derecho y por lo tanto presupone el conocimiento y alcance del mismo.

“A nuestro juicio es claro que el fenómeno del derecho, o sea, la posesión de una cosa que obliga a los demás a respetarla, se asienta en la condición de persona propia del hombre, que viene a ser así el concepto clave de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica. Y en concreto, la clave reside en la condición apropiadora y poseedora de la persona –su índole de dominadora-, que dimana de su estatuto ontológico, esto es, de su peculiar intensidad de ser. La persona es un ser incomunicable y autónomo, irreductible a una mera parte de la especie y del universo, señora de sí y de su entorno. Este señorío se refleja primeramente en su capacidad de decisión libre, de auto decidirse y auto gobernarse en la acción: de actuar libremente en otras palabras. A la vez, este señorío de cada persona se manifiesta en su incapacidad de ser una pieza del mecanismo colectivo, actuando por la fuerza o la energía de la colectividad; cada persona tiene en sí su fuerza y energía vitales, de modo que la ley de la colectividad no se impone fatalmente, sino que se dirige a la persona, apelando a su obediencia, que es ejercicio de la libertad.

El señorío de la persona conlleva un entorno propio, un entorno de dominio y autonomía, que hace que *las cosas* (corporales o incorporales) *estén repartidas*, que estén apropiadas por las personas, que estén atribuidas. Muchas son las consecuencias que de aquí se derivan (entre ellas la existencia de los derechos naturales del hombre), pero a nosotros nos interesa ahora sólo una, la más fundamental: la persona se apropia de las cosas que son así derechos suyos”.⁸¹

Estoy de acuerdo con el neotomista Rafael Preciado Hernández cuando define la justicia como: “la armonía e igualdad postulados por el orden ontológico... y

⁸⁰ Hervada, Javier, op. cit., p. 31.

⁸¹ Hervada, Javier, op. cit., p.68.

coordina las acciones entre los hombres y las ordena al bien común”⁸², debido a que de ella se desprenden tres elementos indispensables para alcanzar la justicia partiendo de la existencia de un derecho y son: El título, el fundamento y la medida de lo justo en el orden social.

a) El título es aquello que tiene origen el derecho⁸³, es la condición para que se pueda decir que algo es justo y por lo tanto debido, (v. gr., la naturaleza humana, un testamento, una norma jurídica.). Para que el jurista (en especial el juzgador y el arbitrio por ser los que resuelven las dudas y los conflictos intersubjetivos de intereses dándole a cada quién su derecho o el ius) desarrolle su actividad es indispensable que un sistema jurídico proporcione, de manera precisa, todos los medios necesarios para que encuentre en todos los casos el título de derecho pues de lo contrario, en casos de difícil resolución, se podrían cometer injusticias en perjuicio del gobernado dejándolo en estado de indefensión. Hablar de los títulos de derecho le da un carácter realista a la justicia pues evita que las ideologías perturben el arte del jurista hasta el punto de no saber lo que le corresponde a cada quién. Cuando el orden ontológico nos revela que la vida, en un ámbito determinado, es más importante que la fama, que son derechos de naturaleza diferente, que tienen fines diferentes y que en la situación concreta un derecho está presente y otro no pues en las mismas circunstancias no pueden presentarse simultáneamente, el jurista o en particular el juez deberá buscar el título de derecho en la naturaleza humana y su dignidad o en las normas jurídicas, aprobando con esto el aforismo de don Antonio Caso que dice: “La máxima utilidad nunca podrá fundamentar la mínima injusticia”⁸⁴ y la razón de esto es que se violentaría el orden ontológico al desconocer un título de derecho además de que se utilizaría al hombre como medio.

⁸² Rodríguez Prats Juan José, *La política del derecho en la crisis del sistema mexicano*, 2ª. Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México 1992, p.76.

⁸³ Hervada, Javier, op. cit., p. 48.

⁸⁴ Rodríguez Prats Juan José, op. cit., p. 62.

b) El fundamento de derecho reside en la condición de persona humana, en el dominio racional que de sí y de las cosas tiene. En virtud de dicha condición ontológica, a la persona se le habilita para ser titular de derechos⁸⁵. Decir que alguien es persona con dignidad y que este es el fundamento de derecho es afirmar que tiene la aptitud para ser sujeto de derechos, los cuales no necesariamente ejerce, pues, para poder ejercerlos es necesario que exista el título derecho (v. gr., mientras que la naturaleza humana es título y fundamento, un testamento solo es un título). A veces la naturaleza humana es título y fundamento simultáneamente; otras veces es solo fundamento.⁸⁶

c) La medida del derecho a mi parecer se concreta cuando la inteligencia se conforma con la naturaleza teleológica de un derecho, percibiendo sus características y sus límites intrínsecos y extrínsecos en determinadas circunstancias de cantidad, cualidad, tiempo y modo. Que es lo que le corresponde a cada quién, es la principal complicación del arte del jurista, de la labor jurisdiccional, que antes que nada voltea hacia la ética jurídica por no encontrar en los ordenamientos jurídicos positivos o en el bien común una solución completa a dicho conflicto. Por ser la justicia una virtud principalmente social, entra plenamente en contacto con la ética y consecuentemente también con la moral y con la religión. No se ve aparentemente la razón por la cual se deba hacer un muro divisorio entre uno y otro campo, el ético y el jurídico, ni reducir uno al otro.

Donde más claramente se percibe tal vez esta comunicación, es en la virtud de la justicia y en la ligera enmienda verbal, pero de gran alcance, que Santo Tomás introduce en la célebre definición romana, según la cual la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuendi*.

Dicha definición la acepta Santo Tomás, pero con la aclaración de que podría aún reducirse “a su debida forma si se enunciara con mayor precisión tanto el hábito

⁸⁵ Hervada Javier, op. cit., p. 49.

⁸⁶ Hervada Javier, Ídem.

como el acto externo resultante, por lo cual habría que decir que la justicia es el hábito por el cual se da a cada uno, con voluntad constante y perpetua, su derecho: *iustitia est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius unicuique tribuendi*".⁸⁷

A este respecto Santo Tomás de Aquino expone: la referida definición es aceptable si se entiende rectamente. Siendo, en efecto, toda virtud un hábito, que es el principio del acto bueno, es necesario que la virtud se defina por el acto bueno que tiene por objeto la materia propia de la virtud. Ahora bien, la justicia versa propiamente, como su peculiar materia, acerca de aquellas cosas que se refieren a otro y que ya le corresponden.

Por tanto, el acto de la justicia se designa en relación con la propia materia y objeto cuando se dice "que da a cada uno su derecho"...Para que algún acto acerca de cualquier materia sea virtuoso, se requiere que sea voluntario, estable y firme. Porque, como dice Aristóteles, para el acto de virtud se requiere: Primero, que se "obre sabiendo", segundo, que haya "elección y fin debidos" y tercero, que "se obre invariablemente".

En esta definición, se ha fundido lo mejor de la concepción aristotélica: la disposición firme, habitual y constante de la voluntad; y de la concepción romana; el derecho (*ius*) como objeto propio de la justicia. Santo Tomás ha añadido aún, de cuenta propia, la traducción inmediata del hábito del acto, al decir que por el hábito se facilita dar a cada uno su derecho. Del complejo de mandatos éticos con carácter de alteridad, es decir, referentes a la conducta social, el legislador debe entresacar aquellos cuyo cumplimiento estime indispensables al mantenimiento del orden y de la seguridad y decretar, por consiguiente, la sanción adecuada en caso de trasgresión, lo que implica que un ordenamiento jurídico posea, a la vez un contenido político y jurídico dirigido a limitar y encauzar la conducta humana en torno a la convivencia pacífica, justa y ordenada. La coacción por lo tanto, o mejor aún, la coercibilidad, acompaña así necesariamente a todo orden jurídico, pero no

⁸⁷ De Aquino, Tomás, *Tratado de la ley, tratado de la justicia, opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2007, pp. 122, 123.

como su constitutivo esencial, (contrariamente a lo que afirman algunos iuspositivistas) como ese predicable que fluye naturalmente de la esencia, pero sin ser de ella, ni mucho menos, su cabal expresión. La justicia, como dice Santo Tomás: “ordena al hombre en sus relaciones con otro”⁸⁸. Cuando se protege y se otorga el derecho que a cada quién le corresponde, se pone en el individuo una perfección y por lo tanto, coincide con la moral y se le da rectitud a sus relaciones con los demás con lo cual coincide con la ética. No prescinde del yo, sino que determina el orden ético entre él yo y el tú y mantiene, por ende, su plena validez ética y jurídica. Para saber cuál es la medida de lo justo debemos atenderá las clases fundamentales de relaciones de justicia con sus tres tipos básicos⁸⁹ que se derivan de la igualdad, la proporcionalidad y bien común, (encontrando aquí un vínculo estrecho e inseparable de lo jurídico con lo político) y son según Santo Tomás y Aristóteles tres: legal o general, distributiva y conmutativa⁹⁰. También se encontrara la medida de lo justo por: a) la delimitación de la cosa (sea corporal o incorporal): su cantidad, cualidad, valor naturaleza, etc.; b)de qué modo la cosa es del titular: como propietario, arrendatario, usuario o administrador, como primer titular o como delegado, etc.; c)facultades jurídicas que le competen; d) presupuestos de uso de derecho ...La medida del derecho abarca desde su conformación intrínseca al conjunto de su regulación.⁹¹ En fin, es necesario determinar el ámbito de funcionamiento, jurídico y fáctico y el fin de cada derecho para saber su alcance o limite y por ende poder administrar justicia coordinando el conjunto de valores o bienes humanos que integran el orden jurídico.

La justicia comporta siempre una relación entre personas distintas, pero esta relación puede establecerse entre las personas individualmente consideradas o las personas consideradas en comunidad y más concretamente integradas en el todo social, en la sociedad civil.

⁸⁸ De Aquino, Tomás, op, cit., p. 127.

⁸⁹ Hervada, Javier, op.cit., pp. 52-53.

⁹⁰ Hervada Javier, Ídem.

⁹¹ Hervada Javier, op. cit., p. 49.

Supuesta esta doble consideración, caben tres relaciones: la de las partes (personas individuales) al todo (sociedad civil); la del todo a las partes y las de unas partes con otras. La relación de las partes al todo, es la que tiene en cuenta la justicia legal o general. La relación del todo a las partes, es decir, la de la autoridad que representa a cualquier comunidad con los individuos particulares, es la que tiene en cuenta la justicia distributiva. Por último, la relación de unas partes a otras, es la que tiene en cuenta la justicia conmutativa.

La justicia legal se llama así, porque realiza lo que es propio de la ley u ordenamiento jurídico: ordenar a todos al bien común.

“Y puesto que a la ley pertenece ordenar al bien común... le sigue la justicia denominada “general” en el sentido expuesto, es también “legal”, esto es, por la que el hombre concuerda con la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien común”⁹².

Pero, además, de la justicia legal o general, está la justicia particular. Esta justicia particular se subdivide en dos especies que son: la justicia conmutativa y la justicia distributiva. La diferencia entre ellas, como ya se dijo, está en que la primera ordena a una persona a nivel individual, mientras que la segunda ordena alguna comunidad (o quien la representa, es decir, la autoridad) a los individuos que la constituyen.

“Toda parte puede ser considerada de dos maneras, una en relación de parte a parte, a lo que corresponde en la vida social el orden de una persona privada a otra y está dirigida por la justicia conmutativa, consistiendo en los intercambios que mutuamente se realizan entre dos personas entendiendo que en el marco de estas relaciones la igualdad puede describirse de tres modos: el primero es el intercambio de cosas como en la compraventa, el segundo es la traslación de una cosa como en el comodato y la tercera es el respeto al derecho ajeno al cual se le opone el daño o la lesión con su consiguiente obligación de restituir y subsidiariamente a compensar. Otra en relación del todo respecto a las partes y a esta relación corresponde el orden existente entre la comunidad y cada una de las

⁹² De Aquino, Tomás, op. cit., p. 147.

partes individuales. Este orden es dirigido por la justicia distributiva, que reparte proporcionalmente los bienes comunes. Por consiguiente son dos especies de justicia (particular): la conmutativa y la distributiva”⁹³.

Aunque los tipos de justicia, en lo referente a su medida, coinciden en la exigencia de colocarse desde una perspectiva objetiva y concreta, el justo medio de la justicia distributiva difiere del justo medio de la justicia conmutativa, porque en el primer caso hay que atenerse a una medida proporcional, mientras que en el segundo a una medida de igualdad entre cosas que Aristóteles llamó igualdad aritmética por la identidad de valor y cualidad entre cosas prescindiendo de las capacidades y necesidades de las personas,⁹⁴ en estos casos la medida de lo justo, la igualdad propia de la justicia, es la perfecta y absoluta igualdad, una igualdad real o entre las cosas (res).⁹⁵ En este punto no se puede poner el acento principal en la validez formal del negocio jurídico prescindiendo del contenido justo o injusto que naturalmente surge de la obligación. El principio de libertad de estipulaciones o de autonomía de la voluntad regido por los ordenamientos jurídicos de naturaleza privada permite que las partes, con libertad relativa, determinen el objeto de su obligación. Esta restricción a la libertad negociar, contraria al individualismo capitalista, no ahoga la igualdad entre las partes sino que la exalta principalmente cuando el juzgador, al resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, encuentra límites en los ordenamientos jurídicos, en la ciencia jurídica y en los principios generales del derecho. La citada restricción descubierta por los juristas que se dedican al arte de lo justo, no es un capricho ni de ellos ni de una colectividad sino que es producto del estudio de la naturaleza y contenido de toda obligación conmutativa.

“En la justicia distributiva, escribe Santo Tomás, no se determina el justo medio según la igualdad de cosa a cosa, sino según la proporción de las cosas a las personas, de tal suerte que en el grado que una persona excede a otra, la cosa

⁹³ De Aquino, Tomás, op. cit., p. 127.

⁹⁴ Hervada, Javier, op. cit., p. 53.

⁹⁵ De Aquino, Tomás, op. cit., Ibídem, pp. 53-54.

que se dé a ella exceda a la que se dé a la otra...”⁹⁶.”Una característica de lo justo es que es igual, es decir, lo debido debe corresponder al derecho. Si el derecho es el trato a recibir en aquella proporción en la que los bienes y las cargas le están destinados según la condición de miembro, lo debido vendrá determinado por esa proporción”⁹⁷ A distinta forma e intensidad de participación en la finalidad colectiva, corresponde una distinta participación en los bienes y cargas colectivas.⁹⁸ Al formar parte de una colectividad el individuo merece un trato proporcional a su aportación respecto de la finalidad de dicha agrupación, “estamos ante una participación diversa de cada persona”⁹⁹. A cada persona se le debe tratar diferente, en proporción a lo que aporta y la intensidad con que lo hace por la posición relativa a los fines de la colectividad y el criterio de distribución es la condición, la capacidad, su aportación y sus necesidades.

La condición¹⁰⁰ importa como criterio para medir lo justo cuando en una colectividad existen diversas clases de miembros o diversas funciones, en la colectividad se da el principio de distinción de funciones¹⁰¹ (v. gr., en un despacho jurídico no participan igual ni tienen la misma responsabilidad y por lo tanto no tienen la misma condición en relación al fin lo mismo los licenciados en derecho que las secretarias o que los mensajeros). Por lo tanto para saber si este criterio influye en la determinación de lo justo, es necesario examinar la naturaleza de la colectividad observando la condición de sus miembros, pues no es lo mismo por ejemplo la distribución proporcional de cargas, bienes y responsabilidades en una familia o en un estado o en una sociedad mercantil.

-La capacidad¹⁰² del individuo, con relación a los fines perseguidos por la colectividad, es uno de los factores más importantes que auxilian al jurista o juez

⁹⁶ De Aquino, op. cit., p. 128.

⁹⁷ Hervada, Javier, op. cit., p. 57.

⁹⁸ Hervada, Javier, op. cit., p. 58.

⁹⁹ Hervada, Javier, Ídem.

¹⁰⁰ Hervada, Javier, Ídem.

¹⁰¹ Hervada, Javier, op. cit., p. 59.

¹⁰² Hervada, Javier, op. cit., p. 60.

para determinar cuál es la medida de lo justo pues dan una pauta bastante acertada en la distribución de cargas y responsabilidades. Por eso es injusto el estado cuando niega la educación a la gente capaz y cuando no pone al alcance de toda la sociedad una educación de calidad que ayude a desarrollar las capacidades de todos. Se daña gravemente la justicia distributiva si un individuo capaz no puede acceder a la universidad por cualquier razón ajena a su voluntad y a sus capacidades, pues se niega su derecho a la igualdad proporcional de oportunidades.¹⁰³ El derecho a la educación tiene la finalidad de desarrollar las facultades y concretar las capacidades del sujeto del mencionado derecho en torno al bien común por lo cual las circunstancias que se dan al elegir quienes ingresarán a determinada escuela son las adecuadas para que, concretamente, se proteja y realice el derecho a la educación y a la igualdad de oportunidades.

-La aportación al bien de la colectividad, que opera en relación al reparto de bienes. Es justo que quién más aporta a la colectividad reciba más¹⁰⁴. Este criterio se refiere a los bienes que el individuo proporciona a la colectividad, determinándose lo justo por la medida de la aportación. El que más aporta más beneficios recibe.

-La necesidad¹⁰⁵ es un criterio justo cuando está en relación con la finalidad de la colectividad y no choca los restantes criterios¹⁰⁶, sino que se complementa y se coordina con ellos, nunca excluye uno al otro sino que más bien se suponen y limitan con relación a sus fines (v. gr., el que tiene más cargas familiares es justo que reciba más sueldo siempre y cuando se coordine dicho aumento con el esfuerzo y la capacidad mostrados en el ejercicio de su función).

Por último, la justicia legal implica el derecho de la colectividad y su correlativo deber por parte del individuo. Frente a todo derecho se presenta una obligación o dicho de otro modo todo derecho dice relación con alguien. El derecho reside en el fin de toda sociedad; el bien común. El bien común constituye el derecho de la

¹⁰³ Hervada, Javier, op. cit., p. 60-61.

¹⁰⁴ Hervada, Javier, op. cit., Ídem

¹⁰⁵ Hervada, Javier, op. cit., Ídem.

¹⁰⁶ Hervada, Javier, op. cit., Ídem.

colectividad ante sus componentes y correlativamente, la deuda de estos ante ella.¹⁰⁷ El deber consiste en que a cada individuo se le exige contribuir al logro del bien común. El deber esta marcado en los ordenamientos jurídicos, “en efecto, las leyes son las ordenaciones imperativas -las obligaciones y por tanto las debidas- en función del bien común”, compuestos (dichos ordenamientos o leyes) por un conjunto sistematizado de normas jurídicas que tienen la finalidad dirigir y limitar la conducta humana y que son declaradas obligatorias por una autoridad por estar inspiradas en valores ético-jurídicos que responden a las necesidades históricas de los individuos y de la sociedad y que además corresponden a la realidad atemporal de la naturaleza humana y del orden social. El recto cumplimiento de lo prescrito en los ordenamientos jurídicos permitirá que se alcance la igualdad entre el derecho colectivo y el deber individual.

1.6. LOS VALORES QUE INSPIRAN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

La influencia que la ética y la naturaleza humana ejercen tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales como en los internacionales no implica aceptar el dualismo normativo ni la confusión monista y formalista de naturaleza positivista, más bien significa concreción creciente, incorporación de factores existenciales, disminución de desordenes sociales y configuración institucional y constitucional con efectos perfeccionadores del orden social. La experiencia nos dice que apoyarse en coordenadas axiológicas y teleológicas, cuya base sea la naturaleza racional de hombre, su dignidad y la racionalización de sus inclinaciones, fortalece el Derecho Positivo, no solo, atrayendo hacia él, el interés de los factores del poder (si son contrarios al orden social y a la naturaleza humana se debe dirigir la normatividad para la erradicación o disminución de las conductas nocivas que estos despliegan por ejemplo, el narcotráfico) por la normatividad que a ellos dirige para su coordinación con otros elementos reales y para su perfeccionamiento, sino que también dirigiendo y controlando mejor la

¹⁰⁷ Hervada, Javier, op. cit., p. 62.

conducta humana por la protección que dichas coordenadas brindan a la autonomía de la persona humana.

Antes de tocar el tema de los valores que inspiran nuestro sistema jurídico me parece importante, aunque sea someramente, dar mi opinión en lo que se refiere a los valores. Al hablar de valores en general supongo relación de tipo cualitativa con la realidad puesto que son modos de valer de las cosas, tener valor no es tener una realidad entitativa más, ni menos, sino simplemente no ser indiferente, tener ese valor... El valor es una cualidad...una cualidad que no es una cosa.¹⁰⁸ Expresan lo que perfecciona más o menos la realidad, evitando cualquier tipo de indiferencia por parte del sujeto que la observa debido a que el valor de algo, siempre tiene un polo opuesto o contravalor (que contradice la antes mencionada perfección; v. gr., la gratitud y la ingratitude son; un valor y su contravalor, el primero perfecciona la naturaleza humana y el segundo la degrada) con matices intermedios que nos dan un modo de valer. Todo valor tiene un contravalor.¹⁰⁹ Los valores tienen relaciones unos con otros y por lo tanto no son tampoco indiferentes entre ellos (siempre que se consideren desde la misma perspectiva la cual unas veces será natural y otra convencional), tienen jerarquía¹¹⁰ con relación a la realidad y su perfeccionamiento. Su clasificación genera una complicación muy grande porque todo valor no habla, ni del ente valioso en sí mismo, ni del sujeto que lo aprecia de manera aislada sino de la relación de apreciación entre el sujeto con sus tendencias naturales y la perfección del ente¹¹¹. La complicación axiológica aplicada a lo jurídico ya la trataba de solucionar Aristóteles cuando distingue como partes del ordenamiento jurídico positivo, la compuesta por normas validas en cualquier tiempo y lugar y la que, en la conformación de normas jurídicas, instituyan los legisladores acomodándose a las circunstancias de modo, relación, cantidad, tiempo, lugar. En la distinción de Aristóteles, la primera está

¹⁰⁸ García, Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, México, Porrúa, 2001, pp. 274-275.

¹⁰⁹ García, Morente, Manuel, op. cit., p. 277.

¹¹⁰ García, Morente, Manuel, op. cit., p. 278.

¹¹¹ González Uribe Héctor, *Teoría política*, México, Porrúa, 1972, p. 505.

compuesta por normas siempre validas que tienen objetivamente un rango axiológico más alto por la adecuación de ellas al ser humano y la segunda formada o conformada por normas relativamente validas en un tiempo y un lugar, son menos valiosas por ser un desarrollo circunstancial de las primeras y por no poder contradecir a las mismas. Esta pauta valorativa que permite hacer en abstracto una clasificación o sistema de condiciones de carácter débil, implica tres cuestiones principales:

- a) La determinación de las tendencias naturales del sujeto que aprecia los valores jurídicos como temporales o atemporales realizables o no, las cuales en general serán estudiadas en el siguiente capítulo al tocar el tema de la ley natural y en lo particular serán estudiadas en lo que se refiere al juez en el presente capítulo, pero por lo pronto se puede decir que todo ser humano es sujeto apreciador de los valores jurídicos y no podrá ser indiferente ante ellos ni en el plano individual, ni en el social.
- b) Desde mi perspectiva, la siguiente cuestión consiste en saber cuál es la realidad valorada, la que intrínsecamente tiene un valor, la que vale en sí misma. La realidad fundamental, en el caso jurídico, es la persona humana, el fundamento de derechos y deberes y el desarrollo del orden social en el tiempo y en el espacio. Lo jurídico implica que existen derechos y deberes con título, fundamento y medida¹¹². Cuando dichos derechos y deberes tienen como fundamento, título y medida la naturaleza humana digo que existe juridicidad natural y por lo tanto atemporalidad. “La juridicidad natural significa que, por naturaleza el hombre está relacionado jurídicamente con los otros” y en consecuencia, que es por naturaleza protagonista del sistema jurídico. Ser persona no es de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho¹¹³, en otras palabras, la persona es por naturaleza fuente y fin del conjunto de ordenamientos normativos que conforman cualquier sistema jurídico normativo. “Ser persona no es de origen

¹¹² Hervada, Javier, op. cit., p. 47.

¹¹³ Hervada, Javier, op. cit., p. 119.

positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho”¹¹⁴. El otorgamiento y protección de derechos que, por naturaleza o por desarrollo de la misma en el ámbito positivo, le corresponden al hombre, es lo que llamamos justicia que, además de ser una virtud en la práctica individual, es un valor social por excelencia debido a la imperiosa necesidad de su concreción en cualquier sistema jurídico normativo. Lo natural y lo positivo no son dos sistemas paralelos de derecho, sino dimensiones de un solo sistema normativo, el primero es el que arriba explicamos y es invariable y el segundo es el desenvolvimiento circunstancial (lugar, tiempo, costumbres etc.) del primero que, con Javier Hervada, puedo afirmar que es el núcleo de juridicidad natural.¹¹⁵

- c) La perfección de la realidad valiosa es la tercera cuestión. Así como la justicia y la equidad son valores primordiales para el jurista¹¹⁶ en el ejercicio de su profesión, (pero no necesariamente primordial ni para todo estudioso de las ciencias sociales con relación al objeto de su profesión ni para todo hombre) también existen otros valores que ejercen su influencia de manera decisiva en la formación de todo ordenamiento normativo dándole un carácter atemporal y permanente por la no-indiferencia que dicho valor tiene para con las profesiones y el perfeccionamiento de las mismas, de los sujetos antes mencionados. Estos valores de naturaleza ético-jurídica tienen, junto con la justicia, una influencia de carácter cardinal en todo orden social tanto por el perfeccionamiento que a dicho orden proporcionan como por la conformidad que tienen con toda aspiración social, o tendencia natural del hombre. La justicia, el bien común, la libertad, la igualdad, la equidad, la seguridad jurídica, la propiedad y las garantías sociales principalmente, son las calidades más importantes para la realidad jurídica compuesta por las relaciones interpersonales de naturaleza racional que trascienden la vida humana por

¹¹⁴ Hervada, Javier, Ídem.

¹¹⁵ Hervada, Javier, op. cit., p. 120.

¹¹⁶ Ya sea como juez, como legislador, como abogado postulante o como filósofo del derecho.

tener una objetividad plurirrelacional tanto entre ellos como en las situaciones concretas de la existencia humana influyendo fuertemente en la perfección individual y social del ser humano. Esta multiplicidad de relaciones entre los valores no excluye su unidad axiológica ni su realización concreta en la vida diaria más bien exige un esfuerzo incesante en pro de la coordinación jerárquica de valores y su puesta en práctica por medio de la formación ética de personas y por la creación de normas jurídicas que prescriban y prohíban conductas, con el fin de realizar los valores principales y los que de estos se derivan.

Nuestro Sistema Jurídico, influido seriamente por el positivismo jurídico, a tratado de negar la personalidad jurídica y los valores jurídicos que se desprenden de este hecho reduciendo todos los valores a un único valor; el de legalidad que, aunque en sí mismo es útil y valioso, no puede validar la existencia y el contenido de nuestros ordenamientos jurídicos. El valor de la legalidad no puede excluir otros valores. Ya desde el siglo XIX se ha venido formando nuestro sistema jurídico con influencias iusnaturalistas y iuspositivistas, cuyos exponentes han sido juristas de gran talla que han frenado en un interminable dialogo, los excesos de cada corriente. Muestra de que no ha podido triunfar en absoluto la corriente positivista en la formación de nuestro sistema jurídico actual es la existencia de las garantías individuales que protegen los derechos propios de la persona humana y el gran auge que han tenido las diversas doctrinas sobre derechos humanos.

El maestro don Ignacio Burgoa en su libro “las garantías individuales” reproduce algunas cuestiones del citado dialogo formador de nuestro cuerpo normativo y determinante de los valores que lo inspiran. Así pues cita al reconocido jurista “Don Alfonso Noriega C., que identifica a las garantías individuales con los llamados ”derechos del hombre”, sosteniendo que estas garantías son “derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permite el libre

desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social”.¹¹⁷

En este orden de ideas el maestro Burgoa continua y discrepa de esta concepción, pues aceptando la idea de que existan “derechos naturales” del ser humano y no meras potestades naturales del hombre que al reconocerse por el orden jurídico positivo se convierten en derechos públicos subjetivos oponibles frente al poder público¹¹⁸, esos derechos se asegurarían o preservarían por las garantías establecidas por la Constitución o por la ley. De ahí que no es lo mismo el elemento que garantiza (garantía) que la materia garantizada (derecho humano)¹¹⁹. En mi opinión no se pueden garantizar o preservar derechos sin reconocerlos expresamente, se está aceptando su existencia como un hecho natural y los positivistas niegan su existencia lo que se traduce en una clara contradicción, pues no tiene sentido proteger normativamente algo que no existe afirmando así, que la juridicidad es un fenómeno cultural que no tiene su raíz en el hecho de que el ser humano tiene dominio de sí mismo y por lo tanto dignidad. El maestro Burgoa está diciendo que las garantías individuales son derechos públicos subjetivos y con esto acepta la existencia de subjetividad jurídica (garantía), es un modo de proteger la condición ontológica de persona frente a la posible arbitrariedad estatal, en su manifestación jurídica (materia). Para proteger un derecho se tiene que describir tal derecho de un modo imperativo, por lo cual podemos decir que en el capítulo constitucional de las garantías individuales se contienen y protegen, expresa o tácitamente, los derechos o bienes que valen por sí mismos y que, por tener -dichas garantías- naturaleza de normas jurídicas con un alcance y generalidad máxima, son principios y por lo tanto tienen una

¹¹⁷ Burgoa O., Ignacio, *Las garantías individuales*, 37ª. Edición, México, Porrúa 2004, p.164, Citando La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917, Ed. 1967 (UNAM-Coordinación de Humanidades) p. 111.

¹¹⁸ Burgoa O., Ignacio, op. cit., p. 165

¹¹⁹ Burgoa O., Ignacio, Ídem.

dimensión de peso (*dimension of weight*)¹²⁰ además de que proporcionan, dependiendo de su formulación en el caso concreto, razones al juzgador para decidir en un determinado sentido. En este orden de ideas es significativo el artículo primero constitucional pues, si bien, la formulación abstracta del artículo no es la materia garantizada, si la menciona y la reconoce al prohibir el menoscabo de la dignidad humana, sus derechos y sus libertades. Con la materia de este artículo se trata de evitar que toda concepción estamental de la sociedad en la cual la participación en la vida social –y en consecuencia, los derechos y deberes de los que cada hombre es titular- depende de la condición o estado en el que el hombre está inserto y es desigual en función de dichos estados o condiciones,¹²¹ sea el criterio axiológico que impere en nuestro sistema jurídico llevando en su contenido dicha garantía constitucional, un deber de justicia que tiene un alcance de hecho y de derecho que no tiene cualquier norma jurídica particular. El maestro Burgoa nos dice al respecto: “El artículo primero de nuestra Constitución, que dispone en su parte relativa que “en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...”, revelándose nuestro ordenamiento fundamental en este aspecto más liberal que muchos extranjeros que contraían la titularidad de las garantías individuales a los nacionales, excluyendo de su goce y disfrute a los que no tuvieran esa condición. Tal liberalidad, que descubrimos en casi todos los códigos políticos que han regido la vida pública de México, indica la asimilación de las garantías individuales, como relaciones jurídicas entre gobernantes y gobernados, a los derechos fundamentales del hombre, que se caracterizan por su concomitancia universal con la naturaleza de todo ser humano.”¹²²

El derecho-facultad de exigir al Estado y a sus autoridades la protección a los derechos humanos, implica que cualquier garantía individual tiene la naturaleza de un principio en cuanto, de hecho, norma la conducta de las autoridades y de

¹²⁰ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política México, Fontamara, 1998, p. 9.

¹²¹ Hervada, Javier, op. cit., p. 123.

¹²² Burgoa O., Ignacio, op. cit., p.175.

derecho, e inspira el sentido de todos los ordenamientos jurídicos nacionales, siendo toda garantía un derecho subjetivo público¹²³, con naturaleza normativa y característica de principio jurídico. En cualquier lugar son conocidos como derechos fundamentales puesto que son principios protectores de los derechos humanos y aquí en México son considerados como garantías individuales por las razones que adelante se darán. Al respecto el insigne catedrático planteaba el punto más controvertido dado entre los juristas formadores de nuestras constituciones; “En nuestra historia constitucional la tesis ius-naturalista se adoptó franca y claramente por el Código Político Federal de 1857, al declararse con énfasis en su artículo primero que “el pueblo mexicano *reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales*”¹²⁴.

Nuestra Constitución vigente, al abandonar la mencionada tesis jus-naturalista ya no establece la distinción que fijó El Código Político de 57 entre “derechos del hombre” y “garantías individuales”. La actual Ley Suprema, según lo declara en su artículo primero, otorga garantías al individuo, pero no como consecuencia de “derechos naturales”¹²⁵ que ésta pudiera tener en su carácter de persona humana, sino en su calidad de “gobernado”, es decir, como sujeto cuya esfera sea ámbito de operatividad de actos de las autoridades estatales desempeñados en ejercicio del poder de imperio.”¹²⁶ Los positivistas radicales tratan de interpretar el citado artículo quitando todo contacto entre la garantía y la materia de la misma y atribuyendo la condición de persona al estado que el ordenamiento jurídico les atribuye como gobernados y no al hecho que nos proporciona el hombre en sí mismo, contradiciendo así, el valor de la igualdad que es un principio que inspira nuestro sistema jurídico, sustituyéndolo por el criterio estamental de sociedad en abierta contradicción con la teoría de los derechos humanos inherentes a todo

¹²³ Burgoa O., Ignacio, op. cit., p. 179

¹²⁴ Burgoa O., Ignacio, op. cit., p. 191

¹²⁵ Desde mi punto de vista, esta es la razón por la que a las normas constitucionales establecidas en los primeros 29 artículos de nuestra Carta Magna se les denomina garantías individuales y no derechos fundamentales.

¹²⁶ Burgoa O., Ignacio, op. cit., p.192.

hombre y consignados reiteradamente en gran cantidad de documentos internacionales que exigen que el concepto de persona sea atribuido a todo ser humano sin importar su condición.

Las garantías individuales son, no solo derechos públicos subjetivos, también son normas jurídicas que prescribe contenidos de justicia puesto que mandan que se respeten derechos “ius”, consignados también en diversos documentos internacionales por considerarlos intrínsecamente valiosos y pesados. Considero importante apuntar que no son solamente garantías de carácter subjetivo oponibles al Estado sino que también son principios con peso específico, con naturaleza normativa y por lo tanto imperativa; que por lo mismo ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas¹²⁷. Continua explicando Alexy que los principios (como lo son las garantías individuales o mejor conocidos como derechos fundamentales) son mandatos de optimización que establecen una relación jurídica entre gobernantes y gobernados, que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas¹²⁸. Los principios, como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas,¹²⁹ y que se dirijan a normar la conducta humana en diversos ámbitos.

Las garantías otorgadas por la Carta Magna suelen clasificarse, desde el punto de vista doctrinal, en individuales y sociales que como las individuales implican una relación jurídica, pero que, a diferencia de las garantías individuales, sólo se entabla entre sujetos colocados en una determinada situación social, económica o jurídica y entre los que existen lazos materiales determinados, establecidos principalmente en cuanto al proceso productivo (capital por un lado trabajo por el

¹²⁷ Alexy, Robert, op. cit., p. 12.

¹²⁸ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

¹²⁹ Alexy, Robert y Ibáñez Perfecto Andrés, *Jueces y ponderación argumentativa*, Carbonell, Miguel, Orozco Henríquez J., Jesús, Vázquez, Rodolfo, (Coordinadores), Serie Estado de Derecho y Función Judicial, México, Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM, 2006, p. 2.

otro). A diferencia de la relación jurídica en que se revela la garantía individual, el vínculo de derecho en que se manifiesta la garantía social únicamente puede existir entre sujetos cuya posición se caracteriza por modalidades especiales mientras que la primera puede entablarse entre cualquier persona física o moral, independientemente de su condición jurídica, social o económica y las autoridades estatales y del Estado como ya se dijo.¹³⁰ Las garantías individuales pueden dividirse, con relación a la materia garantizada y al valor que las inspira, en garantías de igualdad, de libertad y de seguridad jurídica.

La clasificación anterior ha sido adoptada por diferentes documentos jurídico-políticos. En la Declaración francesa de 1789 se estableció que los derechos naturales e imprescriptibles del hombre “son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (art. 2) y aunque no menciona expresamente dentro de estos tipos a la igualdad, su artículo primero hace alusión a ella como condición humana natural.¹³¹

Así tenemos que, en el articulado constitucional que consagra las garantías individuales y que está compuesto por los veintinueve primeros artículos de la Ley Fundamental,...se consagran las esferas jurídicas oponibles contra las autoridades del Estado. Estas órbitas o esferas jurídicas conciernen al respeto de su situación (la del gobernado) de igualdad con sus semejantes, al de su libertad en todas sus manifestaciones y al de su propiedad y al la observancia de determinadas formalidades, requisitos, medios, condiciones, etc., por parte del poder público para que la actuación de éste sea constitucionalmente válida en la causación de determinada afectación al gobernado, circunstancias que implican una seguridad jurídica para éste ...de acuerdo con el contenido de los mencionados derechos, las garantías individuales se clasifican en garantías de igualdad, de libertad, de propiedad¹³²: por otro lado, a las garantías sociales antes mencionadas se les agregan las de naturaleza económica que mirarán en todo

¹³⁰ Burgoa O., Ignacio, op. cit., pp. 704-705.

¹³¹ Burgoa O., Ignacio, op. cit., p.195.

¹³² Burgoa O., Ignacio, op. cit., pp. 194-195.

momento a satisfacer las necesidades materiales de la colectividad, exigiendo en todo momento el cumplimiento, por parte del poder público, del legítimo interés social consistente en el valor del bien común.

1. Garantías de igualdad. Tienen por objeto evitar privilegios y otorgan a todos los individuos los mismos derechos. Están contenidas fundamentalmente en los artículos 1º, 2º, apartado B 4º, 5º, primer párrafo, 12, 13 y 31, fracción IV; en los que se consignan el alcance de la protección de las garantías y la prohibición de la esclavitud, los derechos indígenas, la igualdad del varón y la mujer ante el ordenamiento jurídico, el libre ejercicio de cualquier comercio e industria a todas las personas, la omisión de títulos de nobleza, la prohibición de ordenamientos jurídicos o tribunales especiales y la equidad en el pago de los impuestos.

2. Garantías de libertad. Permiten la autodeterminación de las personas, situación que el Estado debe respetar. Las encontramos principalmente en los artículos 2º, apartado A, 3º, 4º, segundo párrafo, 5º, 6º, 7º, 9º, 10, 11, 15, 24 y 28 que aluden, fundamentalmente, a la libertad de procreación, a la libertad de educación, a la libertad de trabajo, a la libertad de pensamiento, a la libertad de imprenta, a la libertad de asociación, a la posesión de armas en el domicilio, a la libertad de tránsito, a la prohibición de extraditar reos políticos, a la libertad de culto y a la libertad de concurrencia en el mercado, respectivamente.

3. Garantías de seguridad jurídica. Se refieren a determinados procedimientos o requisitos a los que deben apegarse las autoridades estatales, cuando con sus actos pretenda afectar a los gobernados. Están consagradas en los artículos 8º, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 que, respectivamente, se refieren al derecho de petición, a la irretroactividad de la ley, la privación de derechos sólo mediante juicio y la prohibición de aplicar la analogía en juicios penales; el principio de legalidad y la inviolabilidad del domicilio; la expedita y eficaz administración de justicia; los requisitos para la prisión preventiva; los requisitos para la detención ante autoridad judicial; las garantías del inculpado, la víctima o el ofendido en un proceso penal; la imposición de penas sólo por vía del Poder Judicial y la persecución de los delitos por el Ministerio Público; la prohibición de tratamientos inhumanos y la de que alguien sea juzgado dos veces por el mismo delito.

4. Garantías de contenido social. Establecen derechos y prerrogativas de los grupos humanos o de la nación en su conjunto, conforme a criterios de justicia y bienestar colectivos¹³³. Las encontramos en los artículos 4º, párrafos tercero y quinto, 27 y 123 que, de manera particular tratan, respectivamente, sobre el derecho a la salud y a la vivienda; el régimen de propiedad de tierras y aguas, derechos agrarios, ejidales y comunales; y los principios jurídicos del régimen laboral.

5. Garantías en materia económica. También son de contenido social porque imponen al estado deberes distributivos en beneficio de toda la población. Están reunidas en los artículos 25, 26 y 28, los cuales mencionan, cada uno por su parte, que corresponde al Estado la rectoría económica; que es obligación también del Estado la creación de un sistema de planeación del desarrollo nacional; la prohibición de monopolios –explotación privilegiada de un artículo o servicio-, el establecimiento de facultades económicas exclusivas del Estado, la prohibición de liberar de el pago de impuestos y del acaparamiento de productos.

Es importante señalar que, según el artículo 29 de la Constitución Política, con la participación de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro factor que ponga a la sociedad en grave peligro, es posible suspender temporalmente las garantías en todo el país o en lugar determinado, para hacer frente a la situación. De lo anterior se pueden concluir varias consecuencias útiles para el juzgador en la práctica de su labor:

1.- Que los derechos humanos no son principios, garantías o derechos fundamentales, son bienes propios del hombre oponibles ante cualquier persona en cualquier situación concreta y expresión de la dignidad humana

2.- Que las garantías individuales son principios que pesan y que contienen y protegen ante cualquier arbitrariedad del poder público, los valores propios de nuestro sistema jurídico.

¹³³ Valadés, Diego, *Diccionario jurídico mexicano*, Tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 1523-1525.

- 3.- Que los principios positivados en nuestra carta magna no solo son conocidos como garantías, sino también como derechos fundamentales.
- 4.- Que los principios dan razones para positivizar la protección de diversos derechos.
- 5.- Que las garantías individuales, como son principios jurídicos, pueden en mayor o menor medida, ser cumplidos en diversos grados y en múltiples circunstancias.
- 6.- Que por la naturaleza de nuestro sistema normativo, el juez debería acudir a los principios jurídicos, para así prevenir determinaciones violatorias de derechos humanos.
- 7.- Que la existencia de valores o bienes jurídicos, permite asegurar que existe conexión entre el ámbito ético y el jurídico.

1.7. VIRTUDES Y VALORES JUDICIALES

Los Jueces son personas autorizadas y nombradas por el Estado para darle a cada quién su derecho o “*ius*” y así, administrar justicia, es decir, para dirimir los conflictos que se les presentan a través de la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, para lo que es necesario que como profesional del derecho, no solamente debe ser un experto conocedor de la ley y del derecho, sino que en su labor judicial ha de ir más allá de este conocimiento y del cumplimiento de la norma. Al juez se le exige una serie de idoneidades, entre ellas las de carácter psicológico, técnicas, gerenciales, etcétera y dentro de éstas, en forma prioritaria, las de carácter ético...en el ejercicio de una serie de virtudes, o hábitos buenos que lo hagan un juez excelente, en definitiva el mejor juez posible.¹³⁴ Los juzgadores son absolutamente indispensables en todo sistema jurídico, puesto que atentaría contra el Estado de derecho el hecho de que las personas hicieran justicia por su propia mano.

En el ámbito federal, la legislación establece las bases para formar y actualizar a los funcionarios judiciales, así como para desarrollar la carrera judicial, que se rige

¹³⁴ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p.97.

por los principios de “excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia”¹³⁵. Las cualidades personales del juez cuya raíz se encuentra en el compromiso del juzgador con los argumentos éticos y con la práctica de diversas virtudes, repercuten en la credibilidad de sus decisiones, en el fortalecimiento de las instituciones, en la formación de un verdadero Estado de Derecho y por lo tanto, en la realización del bien común y el logro de la paz social. Considero importante describir brevemente las circunstancias jurídicas que impone nuestro sistema normativo, las cuales son el marco en el cual se desarrolla la actividad ética de los jueces. En el nombramiento de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia intervienen el Poder Ejecutivo y el Senado. En el caso de los Magistrados del Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación intervienen la Suprema Corte de Justicia y el Senado. En cuanto a los Jueces y Magistrados federales, son nombrados por el Consejo de la Judicatura Federal.

El ingreso y la promoción de los servidores públicos de carácter jurisdiccional del Poder Judicial de la Federación se hace mediante el sistema de carrera judicial, que está integrada por diez categorías: Magistrado de Circuito, Juez de Distrito, secretario general de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia, subsecretario general de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia, secretario de Estudio y Cuenta de Ministro, secretario de Acuerdos de Sala, subsecretario de Acuerdos de Sala, secretario de Tribunal de Circuito, secretario de Juzgado de Distrito y actuario.

Para ser Magistrado o Juez se deben cubrir requisitos específicos, entre ellos, contar con título de Licenciado en Derecho, un tiempo mínimo de ejercicio profesional, una edad mínima, así como participar en concursos de oposición.

Un punto a destacar respecto de los juzgadores federales mexicanos deben mantenerse constantemente actualizados, sobre todo gracias a la labor del Consejo de la Judicatura Federal esto se trata de lograr, formando, capacitando y actualizando a los miembros del Poder Judicial de la Federación y a quienes

¹³⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Código de ética del Poder Judicial de la Federación*, 2004. p. 4.

aspiren a pertenecer a éste. Dicha institución realiza, además, trabajos de investigación para el desarrollo y mejoramiento de la justicia federal.

En el ámbito local, cada una de las entidades federativas cuenta con ordenamientos que regulan la actividad de los juzgadores. Además, en muchos de los casos también han establecido institutos de estudios judiciales, sistemas de carrera judicial y escuelas judiciales, a fin de incrementar la profesionalización de sus jueces y así cumplir con el mandato establecido por nuestra Carta Magna.

El deber de alcanzar mayor claridad sobre algunas virtudes necesarias para todo juzgador proviene de un conjunto de exigencias de veracidad de tipo ético,¹³⁶ a las cuales considero importante dar cierta unidad en torno a la realidad humana y a los deberes propios de la función judicial. En los Estados de derecho contemporáneos; el pluralismo ideológico y cultural además del aumento constante de las materias sobre las que se legisla dificultan el conocimiento de lo justo (ius) y el logro de los fines del derecho que son el conjunto de valores que inspiraron la formación de los ordenamientos jurídicos (justicia, seguridad jurídica, igualdad, bien común, libertad y la paz social). Con esto se pone en peligro la unidad de nuestro sistema por la falta de uniformidad en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los jueces provocando una situación de incerteza en perjuicio del principio de seguridad jurídica.

Si se estableciera con relación a la labor judicial una jerarquía cerrada u orden estricto de valores, en la práctica se observarían serias dificultades de perspectiva, pero si se reflexiona partiendo de una ética abierta, que se encuentre buscando la práctica de diversas habilidades, se cambiaría la mecánica inerte de los deberes preestablecidos por la capacidad flexible y ayuda de las virtudes. Ante la evidente complicación que el pluralismo causa a los juristas y en especial a los jueces, considero que es de primera necesidad –por la exigencia de ir más allá de las normas jurídicas- un consenso mínimo en el aspecto ético, que venga a

¹³⁶ Considero importantísimo, pero insuficiente, el perfeccionamiento de disposiciones jurídicas que dirijan y en su caso limiten las facultades de los jueces y les impongan sanciones ante el incumplimiento de la normatividad vigente, debido a que es una visión parcial la falta de consideración del aspecto ético en la búsqueda de efectividad en la administración de justicia.

complementar lo ya preceptuado en los ordenamientos jurídicos. Si se considera que toda dificultad se vence de modo permanente adquiriendo una habilidad constante, que la pluralidad de la sociedad actual es una dificultad permanente para el logro de la certeza jurídica y que las virtudes son habilidades constantes que disponen al hombre para actuar correctamente, podría regresarse a ellas y unificarse en torno a ellas, para lograr un consenso mínimo y así cooperar en la solución de la cuestión. La vida integra de un juez tiene como fundamento la virtud, no se limita al cumplimiento estricto de lo que las normas jurídicas y otros deberes prescriben, su deseo de excelencia profesional y la búsqueda de perfeccionamiento personal son rasgos propios de un buen juez. En este orden de ideas Aristóteles nos dice que: “La excelencia moral es resultado del hábito. Nos volvemos justos realizando actos de justicia; templados realizando actos de templanza; valientes realizando actos de valentía”¹³⁷ Todos los aspectos de la vida están interrelacionados de manera que el descuido por cultivar uno repercute en los demás. El hecho de que un juez no sea paciente o prudente en su vida privada repercutirá en su vida profesional. La independencia y la imparcialidad no se alcanzan más que por el desarrollo de un modelo ético completo siempre tendiente a la perfección humana y a la perfección del orden social. Si un juez es virtuoso y además lo aparenta ayudará significativamente a mantener y perfeccionar el orden social pues su actividad provocará seguridad y confianza, no solo en los justiciables, sino en toda la población. Pues la credibilidad y confianza en el Poder Judicial, son los elementos básicos para que el ciudadano común sienta que sus derechos fundamentales estén realmente protegidos y esa debe ser, sin duda, meta prioritaria de la consolidación democrática.¹³⁸

Antes de proponer las virtudes más adecuadas para el juez según su actividad, para mí es importante tocar someramente el tema de las virtudes en general. Las

¹³⁷ García Fernández, Dora, *Manual para elaboración de tesis y otros trabajos de investigación*, 2ª. Edición, México, Porrúa, 2005, p.167.

¹³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Introducción a la retórica y la argumentación*, 4ª. Edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, citando a Barrientos Pellecer, Cesar C., a. 2007, p.7.

virtudes son para Santo Tomás, hábitos operativos que ordenan al hombre al bien; si es el bien del intelecto, el cual es la verdad, se trata de virtudes intelectivas; si es el bien moral se trata de virtudes prácticas o morales. Esta inclinación u ordenación al bien moral se adquiere por el ejercicio...o repetición de actos (que es el aspecto material y la asimilación por parte de la razón y la conciencia, para lograr el término medio de las acciones, es la parte formal¹³⁹ o sea, un despliegue de la naturaleza humana que se manifiesta por medio de sus facultades. Atendiendo a las debilidades propias de las facultades humanas, es necesario reforzarlas por medio de los hábitos buenos o virtudes las cuales facilitan el desarrollo bueno y correcto de las acciones humanas. En otras palabras la virtud es una cualidad firme e inmovible.¹⁴⁰ MacInty recitado por Manuel Atienza define la virtud como “una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a la práctica y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes”¹⁴¹. Las virtudes se adquieren y practican por la repetición de actos humanos con dirección a un bien, que es su fin: “La ética de las virtudes es una ética que se construye todos los días a través de la reiterada práctica de ellas. De este modo, entonces, el hombre no nace predeterminadamente bueno o malo, sino que es con la praxis humana que puede hacerse bueno o malo ya que en él hay una aptitud natural para recibirlas y después ejercitarlas”¹⁴². Santo Tomás dice que las virtudes son cuatro principales o cardinales (prudencia, justicia fortaleza y templanza)¹⁴³ de las cuales se derivan otras, que no por ser secundarias, dejan de ser necesarias. Toda virtud está compuesta por actos virtuosos a los que el sujeto virtuoso está dispuesto con facilidad y tienen cuatro características: la primera

¹³⁹ De Aquino, Tomás, *Cuestión disputada sobre las virtudes cardinales*, Introducción Mauricio Beuchot México, Tradición, 1993, p. 100.

¹⁴⁰ *Ibidem.* p. 10

¹⁴¹ Carbonell, Miguel, Héctor Fix-Fierro, Rodolfo Vázquez, (Compiladores), Atienza, Manuel, *Jueces y derecho problemas contemporáneos*, México, Porrúa, 2004, pp. 19, 20.

¹⁴² Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 28.

¹⁴³ De Aquino, Tomás, op. cit., p. 8.

consiste en que el acto tenga un modo adecuado a la materia y a las circunstancias de la virtud; la segunda consiste en la firmeza del sujeto que la practica; la tercera reside en que, el acto, esté debidamente proporcionado a algo externo como su un fin; y la cuarta implica que el acto sea dirigido por el conocimiento.¹⁴⁴ El conocimiento de la ciencia jurídica y del arte del derecho en los jueces es eminentemente práctico puesto que esencialmente implica establecer lo justo en los casos concretos conforme a la técnica jurídica (capacidad argumentativa) con conocimiento del sistema jurídico y sus ordenamientos normativos vigentes. Por esta razón las virtudes prácticas son las más cercanas a la labor judicial. La exigencia de encontrar a las personas capaces para desempeñar la función judicial supone la consideración de las complicaciones propias de dicha función y la puesta en práctica de soluciones a dichas vicisitudes. Uno de los problemas propios de la función judicial es el margen discrecional existente en la decisión judicial y una solución al mismo es la atención y la promoción de la ética de la virtud o del carácter¹⁴⁵ que conlleva una serie de cualidades personales en el juzgador con las que estará mejor capacitado para enfrentar soluciones complicadas que importen cierto margen discrecional. Para alcanzar en la ética de los jueces un consenso mínimo, es importante basarse en las virtudes propias de la función judicial, por lo tanto falta enunciar cuales son dichas virtudes.

Es muy importante para la cultura jurídica la aportación hecha por el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, puesto que en cinco capítulos; independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia,¹⁴⁶ ha dado los principios rectores de la actividad judicial derivados de las virtudes cardinales. Es el regreso a un argumento ético que trata de sustentarse en la actividad virtuosa de los juzgadores en el desempeño de su función. No se trata solamente de limitar con relación a un deber, sino de buscar, mediante la

¹⁴⁴ De Aquino, op. cit., *Ibidem*, p. XIII.

¹⁴⁵ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 19.

¹⁴⁶ *Código de ética del Poder Judicial de la Federación.*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 4.

promoción de ciertos hábitos, la excelencia judicial. Los cuatro primeros plantean ciertas normas de conducta que, como van dirigidas a orientar e impulsar las facultades humanas del juzgador con la finalidad de facilitarle la determinación de lo justo en los casos concretos, solo pueden llevarse a la práctica si se conforman armónicamente con las virtudes cardinales porque con ellas se desenvuelve la vida buena y correcta y sobre ellas se fundan las demás virtudes. En lo tocante a la perfección de las facultades humanas por parte de las virtudes cardinales, Santo Tomás nos dice: “De estas cuatro virtudes, la Prudencia está en la razón (el conocimiento que dirige, previene y considera), la Justicia en la voluntad (la rectitud en el actuar dándole a cada quién lo suyo), la Fortaleza en el irascible (la firmeza en el actuar ante la presencia de males) y la Templanza en el concupiscible (la moderación en el actuar); las cuales solas potencias pueden ser principios directivos del acto humano, esto es del voluntario.

De donde es evidente la razón de las virtudes cardinales, tanto por parte de los tipos de virtud, que son como razones formales, como también por parte de la materia y asimismo como por parte también del sujeto.”¹⁴⁷ En el juez las virtudes permiten actuar con libertad, por ser cualidades que armonizan sus facultades en torno a la razón, permitiéndole, en el caso del ius, determinar su medida, título y fundamento, sin que ninguna influencia interna o externa contraríe la realización de acciones justas. Teniendo en cuenta la naturaleza práctica de la labor jurisdiccional, la prudencia es la virtud que abre el camino, la que permite la racionalidad de una decisión jurisdiccional y la que dispone al juez para ser justo y equitativo. Siendo virtud cardinal la considero también una virtud propia del juez. Sin la prudencia el juez no puede ser ni comprometido, ni justo, ni equitativo, pues es necesario, para serlo, buscar, conocer y determinar el derecho que a cada quién le corresponde en un contexto circunstancial. La prudencia tiene la función de regir la actividad humana hacia algún fin,¹⁴⁸ y su función, en el caso del juez,

¹⁴⁷ De Aquino, Tomás, (Introducción) Mauricio Beuchot, *Cuestión disputada sobre las virtudes cardinales*, México, BAC, 2000, p. 12.

¹⁴⁸ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 32.

es la determinación de lo que es justo en el caso concreto. Para esto la prudencia se concibe como una deliberación sobre los medios más convenientes para dar a cada quién lo suyo y como una prevención que consiste en cierta cautela y protección de las contingencias que en el camino decisorio y en su desarrollo ejecutivo puede enfrentar. La prudencia en la labor decisoria se presenta en tres etapas; deliberando, juzgando y ordenando.¹⁴⁹ Delibera pues parte de ciertos supuestos que pueden o no ser un conflicto, discerniendo si existe o no problema jurídico, resaltando y distinguiendo aquellos hechos que son relevantes jurídicamente,¹⁵⁰ después juzga tratando de localizar lo justo en un contexto circunstancial y por último debe tomar una decisión por medio de los instrumentos procesales más idóneos para poder llevarla a efecto, con los cuales la decisión verdaderamente prudencial tienda al otorgamiento, restitución y en realidad a hacer realidad la determinación de lo justo concreto.¹⁵¹ En estas tres etapas se desarrollan las partes integrales de la prudencia con las cuales los iuris-prudentes pretenden convencer racionalmente a los justiciables y a la sociedad en su conjunto. Se pretende que el juzgador sea experimentado, que recuerde lo vivido y aprenda de ello; y que dicha experiencia sea el apoyo inmediato para que intuitivamente capte lo valioso o no valioso del caso¹⁵² ante él presentado; siendo así que sagazmente atine o reconozca el medio más adecuado para alcanzar el fin propuesto (darle a cada quién lo suyo); otra parte integral de la presente virtud es la docilidad, la cual tiene como base la humildad con la cual el juez estará siempre dispuesto para recibir cualquier consejo proveniente de los hombres sabios y experimentados; la providencia o capacidad para ver lejos es otra parte integral de la prudencia que dispondrá al juez para anticiparse a las consecuencias que probablemente se desencadenen al tomar una resolución en el sentido que sea; la circunspección es la facilidad que el juez tiene para analizar y relacionar con agudeza las circunstancias que rodean el caso a resolver; y por último es

¹⁴⁹ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 34.

¹⁵⁰ Saldaña Serrano, Javier, Ídem.

¹⁵¹ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 35.

¹⁵² Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. XVI.

necesario considerar la cautela o cuidado de lo decidido pues esta parte de la prudencia permitirá que el juzgador supere preventivamente las vicisitudes que puedan aparecer al hilo de lo decidido¹⁵³. Finalmente se puede afirmar que la prudencia ayuda al juzgador a definir y proteger racionalmente (*recta ratio*)¹⁵⁴ el derecho que a cada quién le corresponde. La consecuencia principal de que un juez sea prudente será que interprete acertada y humanamente el ordenamiento jurídico aplicable y que argumente clara y concisamente sus decisiones. La prudencia encuentra el bien, fija las inteligencias en él y plantea las precauciones necesarias para conservar dicho bien, la justicia lo hace efectivo sin titubear corrigiendo toda debilidad volitiva y por último la fortaleza y la templanza cuidan que ningún agente externo impida la consecución y conservación de dicho bien. Virtud propia del juzgador es la justicia por esa razón el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación en la fracción III de su presentación dispone que “Es un derecho de los justiciables que la administración de justicia sea impartida por jueces con autoridad moral que garanticen una justicia accesible, pronta completa, imparcial y previsible” para que, con eso, se restablezca el orden roto por la injusticia¹⁵⁵. Esta virtud se seguirá desarrollando a lo largo del presente trabajo. La fortaleza y la templanza junto con la prudencia y la justicia dan la pauta más general para descubrir las virtudes específicas que deben facilitar la actuación de todo juzgador, estas virtudes son; la independencia, imparcialidad y objetividad. La independencia consiste en la autonomía de conciencia del juez en cuanto tal, existiendo conformidad o correspondencia entre la razón y voluntad rectas y el reconocimiento y aceptación de lo justo de cada quién como dato objetivo¹⁵⁶. Esto es juzgar con rectitud reconociendo y aceptando con firmeza lo justo concreto. En otras palabras, es juzgar sobre el caso concreto desde el Derecho,¹⁵⁷ desde una perspectiva humana que sepa armonizar las normas jurídicas en favor del ser

¹⁵³ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., Ídem.

¹⁵⁴ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., Ibídem.

¹⁵⁵ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 37-38.

¹⁵⁶ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 49.

¹⁵⁷ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 50.

humano y del bien común. Nuestro Código de Ética del Poder Judicial de la Federación en su artículo primero dispone que la independencia “Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social. Consiste en juzgar desde la perspectiva del Derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél. Por lo tanto el juzgador:

1.1. Rechaza cualquier tipo de recomendación que tienda a influir en la tramitación o resolución de los asuntos que se sometan a su potestad, incluso las que pudieran provenir de servidores del Poder Judicial de la Federación.

1.2. Preserva el recto ejercicio de su función denunciando cualquier acto que tienda a vulnerar su independencia.

1.3. Evita involucrarse en actividades o situaciones que puedan directa o indirectamente afectar su independencia.

1.4. Se abstiene de recomendar, insinuar o sugerir, con un fin ilegítimo, el sentido en que deban emitir los demás juzgadores cualquier determinación judicial que tenga efecto sobre la resolución de un asunto.¹⁵⁸

En este sentido el código coincide con la distinción entre independencia interna e independencia externa, consistiendo la primera en la libertad de la que disfruta globalmente la magistratura, con relación los demás órganos políticos y la segunda que es la que disfrutan sus miembros al interior del cuerpo,¹⁵⁹ del Poder Judicial. La independencia externa se puede dar con mayor facilidad gracias al principio de separación de poderes, pero la interna puede ser vulnerada debido a la existencia de una jerarquía fuerte y un estricto control al interior del Poder Judicial de la Federación. En este sentido Antoine Garapón citando a Tocqueville describe la manera en que se puede dar este menoscabo en la independencia judicial “la ambición de los magistrados se ve continuamente alentada y les hace depender naturalmente de la mayoría o del hombre que decide las vacantes: se

¹⁵⁸ *Código de ética del Poder Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 9.

¹⁵⁹ Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, Vázquez, Rodolfo, Garapon, Antoine, (Compiladores), *Jueces y derecho problemas contemporáneos, El poder inédito de los jueces*, México, UNAM. Inst. Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 374.

prospera en los tribunales como se gana graduación en el ejército. Este estado de cosas es completamente contraria a la buena administración de justicia y a las intenciones del legislador. Se desea que los jueces sean inamovibles para que se mantengan libres, pero ¿Qué importa que nadie pueda arrebatarnos su independencia si ellos mismos la sacrifican voluntariamente?¹⁶⁰ Por esto los poderes judiciales deben ser instituciones, con autonomía en su diseño estructural y sobre todo, en su funcionamiento. En este sentido Javier Saldaña nos dice que una afectación a la ética judicial es el hecho de que los juzgadores presten mayor atención a la carrera judicial antes que a la concreción de la justicia y que, por esa razón, muchas veces les preocupa más estar pendientes de los avances en su carrera que de los asuntos puestos ante su potestad, a lo cual contribuye sin duda la férrea estructura jerárquica del Poder Judicial de la Federación.¹⁶¹

La imparcialidad es otra virtud específica del juzgador que consiste en resistir a las influencias provenientes del interior mismo del proceso judicial, las cuales pueden afectar perjudicialmente la deliberación y resolución definitiva a la que el juez llegue.¹⁶² Figuras procesales que ayudan al juzgador a practicar la presente virtud es la recusación y la abstención, figuras que pueden ser utilizadas por las partes o por el mismo juzgador cuando dicho juzgador se encuentra impedido para conocer el asunto, porque existen impedimentos por el parentesco, el interés personal en el caso, o el que pueda tener algún familiar cercano o el mismo cónyuge, la amistad íntima o enemistad manifiesta.¹⁶³ En éste orden de ideas el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación en su artículo 2º, prescribe que la imparcialidad es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad. Consiste en juzgar, con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables. Por tanto, el juzgador:

¹⁶⁰ Carbonell, Miguel, op. cit., p. 377.

¹⁶¹ Saldaña Serrano, Javier, op.cit., p. 112.

¹⁶² Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 50.

¹⁶³ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 50-51.

- 2.1 Evita conceder ventajas o privilegios ilegales a cualquiera de las partes.
- 2.2 Rechaza cualquier dádiva que provenga de alguna de las partes o de terceros.
- 2.3 Evita hacer o aceptar invitaciones en las que el propio juzgador considere que se verá comprometida su imparcialidad.
- 2.4 Se abstiene de citar a las partes o personas vinculadas con ellas, fuera de las oficinas del órgano jurisdiccional en el que ejerza su función.
- 2.5 Se abstiene de emitir cualquier opinión que implique prejuzgar sobre un asunto.¹⁶⁴

Otra virtud específica en el juez, es la objetividad y consiste en la actitud que ha de asumir el juez para rechazar las influencias o motivos que en su fuero interno puedan conducirlo a tomar una decisión que esté más apegada a dichas motivaciones que al Derecho. Criterios como la búsqueda de algún tipo de reconocimiento, sea personal o profesional, la defensa de ideologías políticas, sentimientos o convicciones religiosas, deben ser rechazados si se pretende ser objetivo.¹⁶⁵ Es una disposición intelectual para adecuarse al derecho de cada quién sin que cuestiones internas pertenecientes a la sensibilidad ó a la personal ideología, desvíen la actividad jurisdiccional del bien que ésta persigue; lo justo concreto. Es por eso que el multicitado Código de Ética en su artículo 3º nos dice que la objetividad es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de sí mismo. Consiste en emitir sus fallos por las razones que el Derecho le suministra y no por las que se deriven de su modo personal de pensar o de sentir. Por tanto el juzgador:

- 3.1 Al emitir una resolución, no busca reconocimiento alguno.
- 3.2 Al tomar sus decisiones en forma individual o colegiada, buscará siempre la realización del derecho frente a cualquier beneficio o ventaja personal.

¹⁶⁴ *Código de ética del Poder Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación. pp. 9-10.

¹⁶⁵ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 51.

3.3 Si es integrante de un órgano jurisdiccional colegiado, trata con respeto a sus pares, escucha con atención y apertura de entendimiento sus planteamientos y dialoga con razones y tolerancia.

3.4 Procura actuar con serenidad de ánimo y equilibrio interno, a fin de que sus decisiones estén desprovistas de aprensiones y prejuicios.¹⁶⁶

Por último, puedo decir que la armonía de virtudes en el juez puede lograr su excelencia y su profesionalismo, que, a los jueces excelentes y profesionales se les debe reconocer y presentar como un modelo para todos los que quieran seguir la carrera judicial. Una mala persona no puede ser un buen juez, pero una buena persona no necesariamente es un buen juez pues, si se le exige al juzgador que sea virtuoso, se le exige también que sea buena persona. Es indispensable que todo juez excelente tienda a la perfección individual de tal manera que en su actuar externo no demuestre nada desordenado. Antes de atribuir a alguien la enorme responsabilidad de ser juez, es necesario que se considere si el candidato reviste las siguientes idoneidades presentadas por Rodolfo Luis Vigo en el prologo del multicitado libro de Javier Saldaña: la idoneidad científica que implica el conocimiento jurídico actualizado, especializado y necesario, la idoneidad técnica o prudencial que le obliga a operar cada caso concreto de conformidad con sus características y sus consecuencias, la idoneidad física-psicológica que le permite enfrentar sus deberes diarios, la idoneidad gerencial que le permite manejar con habilidad los instrumentos que el orden jurídico le proporciona y por último la idoneidad ética, consistente en perfeccionar el modo de ser del hombre por medio de hábitos que faciliten su función y que inspiren confianza en la sociedad entera.¹⁶⁷

Siendo la equidad y la justicia cosas genéricamente iguales pero no idénticas, considero que es necesario estudiarla como una virtud específica del juzgador en el siguiente apartado. Lo equitativo, al ser repetido por el juzgador en múltiples

¹⁶⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Código de ética del Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2007, p. 10.

¹⁶⁷ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. XX.

ocasiones, forma en él una habilidad conocida como la virtud de la equidad, la cual permite al juzgador resolver cada caso concreto, enderezando el texto normativo y sin apartarse de lo que a cada quién le corresponde.

1.8. LA EQUIDAD EN LA VALORACIÓN JUDICIAL

La equidad es, precisamente, un correctivo o un enderezamiento de lo que Aristóteles llama lo justo legal,¹⁶⁸ aunque reducido éste, a los ordenamientos jurídicos positivos y anteriores al caso concreto o hecho sentenciable. Como tal, la equidad puede ser identificada como un método supletorio de creación jurídica que obra o se realiza a través de los jueces y con el cual se colman los vacíos o lagunas del ordenamiento jurídico positivo o se eluden las consecuencias notoriamente injustas que se seguirían de la aplicación estricta de esa normatividad al caso normado por él. Y es que el ordenamiento jurídico positivo no puede contemplar en sus normas todos los casos con sus circunstancias, la realidad es variadísima y por lo tanto las el alcance de dichas normas, por su naturaleza es insuficiente. La técnica legislativa no puede permitir que se legisle y con eso se trate de alcanzar toda situación fáctica, pues como dice Azúa Reyes citado por Rafael Sánchez Vázquez; no hay necesidad de asumir el papel de legisladores casuistas, de fabricar una legislación exhaustiva que por otro lado, jamás llegaría a ser conclusa; todo ello para perdernos en un mundo cada vez más enmarañado de preceptos legales que aumentarían la incongruencia legal para acabar por destrozar el sistema. La gran riqueza de posibilidades en las relaciones humanas nunca podrá ser suficientemente prevista por el legislador, ahí está la piedra de toque para satisfacer esas carencias: el recurso a los principios generales del derecho.¹⁶⁹ Siendo obligatorio que el juez decida y que lo haga sin arbitrariedad es necesario que compare la situación de naturaleza fáctica

¹⁶⁸ Aristóteles, op. cit., Libro V, cap. X, p. 71.

¹⁶⁹ Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho como criterios del Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2004, p.105.

presentada, con una norma jurídica general que tenga el alcance necesario en la mencionada situación de hecho y que se vincule jurídicamente con alguna parte o con todo el sistema jurídico vigente en el que se presente el conflicto de intereses. La equidad es una virtud propia del juzgador que se debe poner en práctica cuando las circunstancias presentan dificultades de naturaleza contingente que no son solucionables con las notas generales de la justicia plasmadas en las normas jurídicas vigentes. También se puede presentar que una norma tenga un alcance limitado con relación a una situación fáctica y solo norme o prevea una parte de ella, para lo que se deben tomar en cuenta los principios generales del derecho como normas complementarias. La equidad es una disposición que debe tener el juez para enfrentar cualquier conflicto con prudencia y humanidad desde una perspectiva jurídica, cuestión que solo podrá llevarse a cabo si el juzgador posee una formación teórica y práctica de las virtudes (especialmente las virtudes de la justicia y de la equidad) y de los principios generales del Derecho.

La justicia tiene relaciones estrechas y necesarias con todo tipo de relaciones humanas, las cuales engendran derechos y deberes objeto de otras valiosas virtudes como la gratitud, la solidaridad, la concordia, la misericordia o la amistad, que tienen que ser coordinadas armónicamente con la justicia que exige dar a cada quién lo suyo. La realización de esta tarea por parte del juzgador en el caso concreto da lugar a lo equitativo, que es el objeto de la equidad. La coordinación entre el deber de justicia y otros deberes matiza la justicia; La equidad es la justicia matizada por otras virtudes.¹⁷⁰ ¿Cómo coordinará los deberes y derechos de justicia con las demás virtudes un juez que no conoce las virtudes y que no es virtuoso? Si el fundamento del derecho es el ser humano entonces todo sistema jurídico debe inspirarse en un profundo sentido de humanidad, por lo tanto la dignidad humana es un criterio básico para poder lograr la coordinación exigida por la equidad. La conjugación y armonización de la justicia con otras virtudes, (v. gr., El indulto¹⁷¹ armoniza la justicia con la misericordia o el no embargo del

¹⁷⁰ Hervada Javier, *Introducción crítica al derecho natural*. cit., p. 69.

¹⁷¹ Ídem.

patrimonio familiar evita que la estricta igualdad de la justicia dañe, en perjuicio del bien común y de la dignidad de los miembros de la familia, el valor central que la familia tiene en el orden social.)

Según Aristóteles, la equidad acomoda, permite que el juzgador, con facilidad, realice lo justo, adecuando las exigencias generales del principio de justicia a la realidad, sin descuidar las relaciones que conectan a dicho principio con otros principios¹⁷², lo justo preexiste, en un ámbito determinado, al fallo equitativo¹⁷³, lo cual se confirma con las siguientes líneas puestas por Aristóteles; “está pues, manifiesto que es lo equitativo y que es justo y mejor que cierta especie de lo justo. Evidente es también, por lo dicho, quién es el hombre equitativo. El que elige y practica actos como los indicados y que no extrema su justicia hasta lo peor, antes bien amengua su pretensión, por más que tenga la ley en su favor, es equitativo; y la equidad es el hábito descrito, siendo cierta especie de justicia”.¹⁷⁴

El ordenamiento jurídico positivo, en consecuencia, como derivación que es del derecho natural, concluye o determina sus normas a partir de las premisas que coloca el mismo derecho natural. Sin embargo, por la misma índole de la función legislativa y del ordenamiento jurídico que es su producto, éste no puede más que proveer de modo abstracto y general en relación con los casos de la vida social que ella regula en un determinado sentido. De esto se sigue que al derecho natural no le basta su realización a través del derecho legislado de carácter positivo, sino que dicha realización alcanza también al nivel del derecho judicial –o “derecho a sentenciar”, como lo llama Santo Tomás-, que, formando parte integrante del derecho positivo, se produce, a diferencia del derecho legislado, en las decisiones concretas y singulares de los jueces.¹⁷⁵

¹⁷² Principios que contienen y protegen valores, los cuales se practican y se resguardan en el orden personal con el auxilio de las virtudes.

¹⁷³ Como ya se ha dicho en otros apartados de la presente investigación la localización de lo justo es complicadísima puesto que es prudencial y por lo tanto incluye elementos fácticos que son de naturaleza contingente.

¹⁷⁴ Aristóteles, op. cit., Libro V, cap. X, p. 71.

¹⁷⁵ De Aquino, Tomás, op. cit., p. 243.

La antedicha solución aristotélica, en cuanto radica la fuente del fallo equitativo en el derecho natural (o en otras palabras en la determinación práctica del alcance de los derechos humanos), equivale a postular la existencia de un surtido de principios o normas que protejan los derechos humanos o en palabras de los iusnaturalistas, del derecho natural que, en carácter de previas y objetivas, pueden ser aprehendidas por el juzgador en uso de su sola razón.

Ahora bien, la eventual existencia de tales normas o principios es, por cierto, algo sumamente útil. Desprovisto de una solución que brinde el ordenamiento jurídico positivo, o enfrentado a una consecuencia injusta de la aplicación de éste al caso, el juzgador no es dejado solo ni abandonado a sí mismo en su tarea dramática e ineludible de juzgar, sino que es remitido a otro orden jurídico, de jerarquía superior, pero igualmente dado y objetivo, lo cual permite, al igual que en el fallo conforme al ordenamiento jurídico positivo, continuar afirmando que el contenido de la solución dispensada al caso no es creado arbitrariamente por el juzgador, sino inferido por éste a partir de un orden normativo cuyo origen será estudiado más adelante. La responsabilidad ética y política del juzgador vuelve, así, a quedar a salvo.

Cabe señalar, también, que esta suerte de reenvío del problema a lo justo natural, presenta, a lo menos, tres obstáculos. Uno, interpretativo, otro valorativo o ponderativo y otro expositivo o argumentativo. El ámbito de lo justo natural, el alcance que puede tener un derecho humano en determinadas circunstancias, propone la cuestión interpretativa, la valorativa implica la dificultad de todo juzgador para encontrar lo justo concreto al colisionar los principios que protegen los derechos y el argumentativo o expositivo es el obstáculo que se presenta ante la exigencia de justificar dando a conocer el itinerario de una determinada decisión. El estudio de dichos obstáculos puede ser familiar y accesible –si acaso lo son- para el filósofo, a quien se ve transitar por ellos, aunque siempre de un modo general, con alguna comodidad y a veces, hasta con algo de inmodestia. Pero el juzgador, el juez de todos los días, presionado como está por la cantidad, complejidad y urgencia de los procesos que debe tramitar y resolver, no se siente en absoluto confortable y protegido cuando se lo remite, para la búsqueda de la

solución, a algo que, como lo justo natural, se le presenta indeciso, dudoso y hasta incógnito.

Por todo lo dicho, cabe entonces señalar que, para la solución de estas cuestiones, trataré de proporcionar en el transcurso del presente trabajo, la mayor cantidad de elementos formadores de dicha solución. Por lo pronto solo enunciaré lo que considero algunas de las fuentes de la decisión equitativa ya sea que se miren como complementarias o alternativas de la solución aristotélica, que, como vimos, remite al juez al derecho natural que para mí se compone por la totalidad de derechos humanos protegidos y descritos por normas.

A mi entender, tales referencias son las siguientes:

a) la solución de equidad es siempre una construcción estimativa que tiene lugar en la conciencia del juzgador, quien, a través de su propia deliberación, debe ponderar y descubrir lo justo en relación con el caso de que se trate. Por tanto, el propio juzgador es la fuente de la decisión equitativa;

b) Para dar la correspondiente solución de equidad, el juzgador cuenta, ante todo, aunque no únicamente, con dos elementos: por una parte, su propia capacidad valorativa que le permite considerar sopesando las alternativas de decisión que los hechos del caso permitan y el propio caso o asunto que el juzgador deba resolver, cuyos hechos y circunstancias constitutivas delimitan un marco objetivo al que se circunscribe la atención y la actividad de dicha capacidad valorativa.

En este sentido, puede decirse, con Aristóteles, que la sentencia del juez se acomoda mejor a los hechos que a la disposición abstracta y general de la ley, al modo de “la regla de plomo usada en la arquitectura de Lesbos, regla que se acomoda a la forma de la piedra y no permanece la misma”;¹⁷⁶

c) Lo anterior no significa que la solución de equidad se construya arbitrariamente por el juzgador; cosa distinta, dicha solución vendrá determinada, en mayor o menor medida según los casos, por distintos antecedentes, elementos o factores que, combinados entre sí y debidamente ponderados por la percepción valorativa de las normas que los regulan del juzgador, formarán el criterio de éste;

¹⁷⁶ Aristóteles, op. cit., Libro V, cap. X, p. 71.

El primero de tales antecedentes o factores que conducen a la solución de equidad, podrá ser el conjunto de realidades (derechos) que conformen lo que comúnmente se llama “derecho natural”, pero únicamente a condición de que el juzgador atribuya a este derecho naturaleza normativa y congruencia con el sistema jurídico vigente. En este caso los denominados “principios generales del derecho”, protectores de los derechos humanos, que comparten con la equidad el carácter de fuente supletoria del derecho, aunque no deben ser confundidos con ésta, constituyen una referencia útil para la construcción del fallo de equidad, en el sentido de que, debidamente interpretados y pesados por el juzgador, demarcan, de modo más o menos objetivo, un ámbito que éste no puede traspasar con su decisión equitativa. Esta función no solo limita al fallo equitativo, sino que también abastece al juzgador de criterios interpretativos del ordenamiento jurídico positivo por tener, tanto un peso específico, la como capacidad de ser cumplidos en diversos grados o niveles y ámbitos.

Los principios generales del Derecho entendidos como directrices normativas intrínsecamente válidas que informan un determinado orden jurídico positivo con realidad histórica y que el juzgador puede conocer y aplicar en el caso concreto, pueden ser presentados así, no sólo como orientadores de un fallo de equidad, sino más propiamente, como ciertos límites para que, en el marco de una argumentación jurídico-racional, el juzgador acomode el contenido de su decisión equitativa, de modo que ésta no entre en contradicción con el espíritu general del determinado orden positivo que autorice el correspondiente fallo de equidad;

f) Otro factor que obrará seguramente sobre el juzgador, será la eventual existencia de precedentes en materia de equidad. Un conocimiento de las decisiones de equidad que antes se hubieren emitido en relación con casos similares, puede constituir un antecedente de importancia en la solución equitativa del caso concreto.

La combinación de la equidad con el precedente es, así, perfectamente posible, como lo demuestra, por lo demás, la evolución que la institución de la *Equity* tuvo

en el Derecho inglés, especialmente desde los inicios del siglo XIX.¹⁷⁷ Efectivamente, las decisiones de equidad, por su naturaleza única e irrepetible, pueden, no obstante, llegar a constituir una masa de precedentes a la que el juzgador se sienta vinculado de un modo tan obligatorio como en el caso del ordenamiento jurídico;

g) Es igualmente posible, que un elemento en la deliberación que conduzca al fallo de equidad, esté constituido, en ciertos casos, por el empleo del razonamiento por analogía.

Ello ocurrirá cuando el derecho preexistente al caso ya sea de naturaleza legal o consuetudinaria, provea una solución para un hecho parecido aunque no idéntico al que el juzgador deba conocer y fallar y éste arribe al convencimiento de que es equitativo o justo trasladar dicha solución al caso no resuelto.

Para concluir considero que la equidad se realiza por la consideración ponderada exacta de todos los elementos de un hecho con relevancia jurídica en cuanto interesan al juzgador para dar a cada quién su derecho en un conflicto de intereses ya sea mediante la integración de un ordenamiento jurídico positivo o mediante la interpretación de un principio jurídico y su aplicación apropiada, limitando con esto, la discrecionalidad que necesariamente existe en el desempeño de la función judicial. En los juicios de equidad me parece indispensable que, según las circunstancias, el juez adopte y pese oportunamente los principios generales del Derecho para que dirija y forme su criterio jurídico en correspondencia al caso que tenga que resolver. Ante la necesidad de resolver con equidad el juez deberá aplicar principios jurídicos, lo cual será complicado en muchos asuntos, pues es común que entre ellos -entre principios-, entre derechos y entre ideologías se presenten colisiones que solo con un razonamiento argumentativo práctico y con una ponderación de los bienes que aparentemente están en conflicto, se podría dar una solución equitativa.

¹⁷⁷ Radbruch, Gustav, *El espíritu del Derecho inglés*, Revista de Occidente, traducción de Fernando Vela, Madrid, 1958, pp. 52-54.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS Y VALOR DEL SISTEMA JURÍDICO

2.1 LA LEY NATURAL Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

La ley natural es un conjunto de deberes que el hombre capta racionalmente por la experiencia, pues no es indiferente cuando percibe sus inclinaciones naturales (que son datos naturales) ante cualquier decisión de obrar. Al decir qué son datos naturales estoy afirmando qué son un hecho existente en todos los hombres sobre el cual emiten un juicio estimativo conforme a tal o cual inclinación humana en determinado momento. “La misma ley natural que nos prescribe nuestros deberes”,¹⁷⁸ procede de la estructura psicológico-moral del ser humano, cuando, en relación con una inclinación humana se emiten juicios objetivos de lo que debe hacerse (bien) o debe evitarse (mal). Se puede decir que la ley natural es un conjunto de normas racionales que prescribe deberes concretos de orden religioso, moral, ético y jurídico,¹⁷⁹ que dirigen un conjunto de inclinaciones

¹⁷⁸ Maritain, Jaques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Héctor F. Miri, Colección Orfeo, Buenos Aires, Editorial Nueva Buenos Aires, 1943, p. 96.

¹⁷⁹ Son de orden moral cuando se les observa desde una perspectiva personal, en cuanto perfeccionan la naturaleza humana y realizan los fines propiamente humanos. Se dice que son éticos puesto que se estudian, dichos deberes perfeccionadores del hombre, en su relación no estrictamente jurídica con los demás, con la sociedad y se dice que son jurídicos porque, en el ámbito social, establecen una relación de justicia (que implica cierta igualdad) con los demás.

naturales. Dichas normas pueden obedecerse o quebrantarse; sí se obedecen se obra conforme a la naturaleza humana y a sus fines pero si se les quebranta el hombre mismo evita su realización e impide la obtención de sus fines. En otras palabras, “la ley natural es el conjunto de preceptos de la razón natural que regulan el obrar humano en orden a los fines del hombre...”,¹⁸⁰apunto que es en orden práctico, el de cada acción, no el especulativo. No se necesita conocer teóricamente la naturaleza humana ni los fines del hombre para que se obre conforme a la ley natural puesto que la ciencia no es contingente “es aprehensión de las cosas universales y necesarias... resulta que del principio de lo que es objeto de la ciencia no puede haber ni arte, ni prudencia, porque lo que es objeto de la ciencia es demostrable, mientras que el arte y la prudencia conciernen a cosas que pueden ser de otra manera.”¹⁸¹ En este orden de ideas Javier Hervada nos da una definición descriptiva de ley natural: “el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona”.¹⁸² Leyes o principios que el hombre bueno y por lo tanto prudente, razonará y conocerá verdaderamente por la experiencia y que tendrá que aplicar hábilmente a cada situación de su vida. El aspecto teórico vendrá a apoyar levemente pero nunca será el origen de dicha habilidad lo que se prueba con lo que dice Aristóteles; la prueba está en el hecho de que “los jóvenes llegan a ser grandes geómetras y matemáticos y sabios en estas materias; pero no hay uno, al parecer, que sea prudente¹⁸³” y también, “lo propio del prudente parece ser el poder deliberar acertadamente sobre las cosas buenas y provechosas para él, no parcialmente, como cuales son buenas para la salud o el vigor corporal, sino cuales lo son para el bien vivir en general”,¹⁸⁴ y más adelante dice que “la prudencia es necesariamente un hábito práctico verdadero acompañado de razón

¹⁸⁰ Hervada, Javier, op. cit., p. 144.

¹⁸¹ Aristóteles, op. cit., Libro VI, cap. VI, p.77.

¹⁸² Hervada, Javier, op. cit., pp. 144-145.

¹⁸³ Aristóteles, op. cit., Libro VI, cap. VIII, p.79.

¹⁸⁴ Aristóteles, op. cit., Ibídem. p. 76

con relación a los bienes humanos.”¹⁸⁵ Lo que se obtiene de lo anterior es que el hombre, para cumplir con los preceptos de la ley natural, debe ser prudente. Si se dice que el hombre prudente es aquel que no busca solo su propio bien, sino también los demás bienes humanos como “el bien de la familia y el de la república”¹⁸⁶ y que lo justo concreto es un bien humano que no busca el beneficio propio sino el derecho que prevalece coordinado y armonizado con los demás bienes humanos que se incluyen en el de la familia y la república se tendría que afirmar contundentemente que el juzgador debe ser prudente. Sertillanges nos enseña que: “Es evidente, en efecto, que el deseo (inclinación natural) representa en el ser inteligente lo mismo que el instinto en el ser sensitivo, lo mismo que la tendencia ciega (ley física) en el ser privado de conocimiento. La naturaleza asigna a cada ser una curva para ser recorrida y un objeto para ser alcanzado; lo arma conforme a ellos y lo lanza; da el proyectil y el impulso. El proyectil es el ser y el impulso es la tendencia natural en el ser no viviente; añádase a ella el instinto en la bestia y el deseo (inclinación natural) en el hombre. Así, tendencia, instinto, deseo, son los medios empleados por la naturaleza para empujarnos a nuestros fines. Estudiarlos equivale pues a estudiar nuestros fines mismos y se pueden descubrir nuestros fines naturales en lo que somos, en lo que queremos a fondo, como puede saberse donde caerá el obús cuando se ha estudiado su trayectoria”.¹⁸⁷ La armonía que la recta razón lleva a cabo con el conjunto de inclinaciones naturales en cada caso concreto, supone, que entre dichas inclinaciones existe un orden de importancia que la inteligencia capta no en el orden especulativo sino en el práctico. Ya en el primer capítulo, en lo que al acto humano concierne, afirmaba que la conciencia es un dictamen subjetivo de la razón práctica cuya obligación es conformarse con la ley natural al dirigir y coordinar las tendencias naturales en orden a sus fines, por eso considero que no se deben confundir pues, mientras la conciencia puede errar y las tendencias

¹⁸⁵ *Ibidem.* p.77

¹⁸⁶ *Ibidem.* p. 79.

¹⁸⁷ Sertillanges, A. D. O.P., *Las fuentes de la creencia en Dios*, Madrid, Litúrgica Española, S.A., 1943, pp.254-255.

naturales existen para ser dirigidas siendo independientes del espacio y del tiempo, la ley natural existe potencialmente en la naturaleza humana como la racionalización de las inclinaciones en función de sus fines, o dicho de otro modo la ley natural son las tendencias normadas por la razón en el orden práctico con relación a diversos fines, que es potencial porque falta que se actualicen (dichos fines), por eso, por el cumplimiento de la ley natural (que es un deber ser o una obligación inscrita en su naturaleza y la inteligencia la actualiza en el orden práctico) el hombre llega a ser con plenitud.

La ley natural se compone por una serie de principios de orden práctico que la razón práctica está llamada y es capaz de conocer, adecuadamente en cada situación concreta y que la voluntad tiene la vocación de alcanzar en razón de un intenso y natural impulso que busca el bien. El principio fundamental de la ley natural puede ser conocido con seguridad por todo hombre puesto lo vive en todo momento, por lo que es evidente, en el orden práctico por sí mismo. El principio más general es éste: “haz el bien y evita el mal”, el cual tiene un alcance práctico absoluto en todos los hombres, aunque todavía quede por saber cuál es el bien y cuál es el mal para lo que hay otros principios¹⁸⁸ claros que se deben aplicar en cada caso concreto, conocidos por todos los pueblos, como son: “Lo que no quieras para ti, no lo quieras para los demás” (cf. Tob. 4, 16), o a “a cada cual lo suyo”,

La razón tiene una estructura operativa, determinada por su ordenación esencial a la verdad y al bien. En el ámbito de la operación, además, la voluntad, como potencia apetitiva, está también determinada al objeto natural de la acción, que es el bien. Porque como dice Aristóteles, lo propio del prudente parece ser el poder deliberar acertadamente sobre las cosas buenas y provechosas para él, no

¹⁸⁸ Unos principios son jurídicos y otros puramente éticos. Todos son normativos y sociales pues tienen como objeto la acción humana con relación al despliegue frente a los demás y a la sociedad en su conjunto. Mientras que los principios religiosos y los morales aunque también tienen como objeto la acción humana tienen la característica de normarla principalmente en lo interno. El cumplimiento de los principios sociales repercuten en lo personal y el de los segundos en lo social.

parcialmente, no parcialmente, como cuales son buenas para la salud o el vigor corporal, sino cuales lo son para vivir bien en general.¹⁸⁹

Estos juicios básicos son los primeros *principios*, es decir, aquellos dos enunciados que son resultado inmediato de la estructura operativa de la razón práctica, de modo que a todos los preceptos de ley natural le anteceden esos juicios actúa bien, evita el mal: v. gr. supuesto que el trabajo es un bien (un fin natural del hombre), aparecen los preceptos <hay que trabajar> (hay que hacer el bien) y <hay que evitar la pereza> (hay que evitar el mal.). Posteriormente los juicios pueden perjudicar al hombre al estar mal estructurados o al estar mal aplicados en el caso concreto.

Los preceptos de ley natural van surgiendo a medida que los primeros principios de la razón práctica se estructuran correctamente y se aplican prudentemente a los distintos bienes que el hombre debe obrar. Cuáles sean esos bienes ya lo hemos indicado: los fines naturales del hombre, teniendo razón de mal que hay que evitar lo que es contrario a esos fines; “porque los principios de los actos son el fin por el cual se ejecutan los actos.”¹⁹⁰ Entonces los principios que imponen deberes relacionados con el derecho de cada quién, dirigen y limitan las inclinaciones naturales del hombre en el marco de las relaciones humanas, por lo cual dichos principios jurídicos, aunque en su enunciación son generales y abstractos, son de ley natural y tienen sus fines concretos en el alcance que cada derecho humano tenga, en cada situación concreta; “La verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa, pues, sobre la idea de ley natural. La misma ley natural que nos prescribe nuestros deberes más fundamentales y en virtud de la cual obliga toda ley, es también la que nos asigna nuestros derechos fundamentales.”¹⁹¹ De lo que se desprende que los principios jurídicos tienen la capacidad para dirigir, limitar y causar la conducta humana. Y esta es la razón por la cual todo principio jurídico es una norma con alcance fáctico.

¹⁸⁹ Aristóteles, op. cit., Libro V, cap. X, p. 76.

¹⁹⁰ Aristóteles, op. cit., Ibídem. p.77.

¹⁹¹ Maritain, Jaques, op. cit., p. 96.

La ley natural es siempre un juicio deóntico que nace en relación con la situación concreta y con la inclinación natural: es, pues, un conjunto de preceptos y prohibiciones singulares y concretos. Pero no hay que confundir nuestro modo de pensar y exponer la ley natural, que es abstracto, con ella misma, que es concreta. No pueden ser ignorados sin culpa los deberes que dimanen inmediatamente del estado particular que se ha escogido, por ejemplo, en el estado de matrimonio, el deber de mantener y educar a los hijos; o los de la profesión, por ejemplo, en un cargo de autoridad, el deber de mirar por los subordinados. Puede ignorarse, sin embargo, el modo y manera de cumplir con esa obligación, como también las consecuencias más lejanas que surgen de ese estado o profesión, por ejemplo, la obligación que tienen los padres de dejar una adecuada herencia a sus hijos.

La ley natural, en su enunciación general, es, en sí misma, inmutable. Su aplicación, en cambio, varía según cambien las circunstancias. Así, por ejemplo, es invariable el principio según el cual todo hombre, incluso en cuanto a su trabajo, tiene derecho a que se respete su dignidad humana y se permita el desarrollo de sus aptitudes personales. De este principio hubiera debido deducirse siempre, por ejemplo, la prohibición de la esclavitud. Más una emancipación global e inmediata, con la consiguiente transformación de la entera estructura social (v. gr., romana o griega), hubiera sido aún más peligrosa para la dignidad humana de los hasta entonces esclavos. Este mismo principio confería a los vasallos de los señores feudales derechos inalienables, más no el derecho a total independencia, pues éste hubiera hecho imposible al señor el cumplimiento de sus deberes de protección y gobierno, con el consiguiente empeoramiento de las condiciones de vida y trabajo de los vasallos.

El resultado de las discusiones en torno a este tema es, por el momento, una más clara comprensión de que uno de los principios incommovible del derecho natural es que el hombre ha de obrar siempre conforme exigen las circunstancias históricas, que es precisamente lo que no se deja fijar en forma única y definitiva, aplicable a todos los tiempos.

Sólo el conocimiento de aquellos principios esenciales y siempre vigentes del derecho natural y el de la situación histórica hace posible el juicio sobre lo que es

conforme a las circunstancias históricas y al propio tiempo conforme a la naturaleza. Pues ni el derecho ni la ley natural son, en absoluto, leyes escritas, sino una ley y un derecho no formulados, que presentan siempre una nueva lectura según las cambiantes circunstancias de la historia sobre el fondo de la naturaleza invariable.

Las fórmulas más generales, como, por ejemplo, el principio “a cada cual lo suyo”, son incluso en su formulación siempre válidas y siempre tienen efectos importantes, pero no siempre tienen el mismo alcance. Más para saber el alcance de “lo suyo” para cada uno, hay que conocer también las circunstancias. Así, la aplicación de un principio general de derecho exige, además de la virtud de “equidad” antes estudiado, un “sentido” igualmente recto y certero de las situaciones, como presupuesto para obrar con rectitud. El cambio histórico es una dimensión natural porque la naturaleza y la historia son inseparables; los derechos se tienen en el tiempo, que, aunque no cambia el fundamento de todo derecho que es la condición de persona humana, si influye en la determinación de lo justo. Tampoco cambia la titularidad de los derechos naturales pero si puede hacerlos variar en su ejercicio en los tres siguientes casos: en su modalidad¹⁹², en su eficacia¹⁹³ y en su medida¹⁹⁴; en el primer caso la modalidad se afecta si existen bienes naturalmente influenciados por la historicidad¹⁹⁵, v. gr., la modalidad del derecho al trabajo¹⁹⁶ o del derecho a contraer matrimonio no es el mismo en un niño que en un adulto), en el segundo caso la condición histórica puede anular o

¹⁹² Hervada, Javier, op. cit., p.100.

¹⁹³ Hervada, Javier, op. cit., *Ibidem.* p. 101.

¹⁹⁴ Yo considero que la condición histórica, también cambia la medida de los derechos puesto que una de las principales razones de ser de los ordenamientos jurídicos positivos es adecuar y limitar la incertidumbre que se causaría por la generalidad de los principios jurídicos (protectores de los derechos humanos) a la realidad histórica particular de una sociedad. También el juzgador en su función debe ser equitativo y considerar la situación social para atemperar la dureza que, en ciertos casos, impone la generalidad de la norma jurídica vigente, claro sin salirse del espíritu de la misma.

¹⁹⁵ Hervada, Javier, op. cit., p. 100.

¹⁹⁶ Hervada, Javier, op. cit., *Ibidem.* 101.

suspender la eficacia del título pero no la titularidad del mismo,¹⁹⁷ de un derecho humano (v. gr., cuando la víctima ataca al agresor en legítima defensa¹⁹⁸, la eficacia del título del derecho a la vida se suspende mientras dura la agresión), en el tercer caso el momento histórico puede hacer cambiar la medida de un derecho por la influencia de la época o circunstancias en que se vive (v. gr., la determinación de las penas puede ser justa en un contexto social e injusta en otro, o puede estar más limitado el derecho a la libertad de expresión por razones históricas.).

2.2 EL IUSPOSITIVISMO Y SU LIMITACIÓN

Puede afirmarse que las corrientes denominadas “positivistas”, dentro del ámbito jurídico, tienen como punto de partida el gran proceso de codificación cumplido desde finales del siglo XVIII y durante todo el siguiente siglo XIX en el ámbito del continente europeo y americano, en este momento se considera que el Derecho es la Ley y nada al margen de la misma podía ser considerado como jurídico. Concepción que, sin duda, estuvo influida por las ideas políticas del siglo XVIII, fundamentalmente por el concepto de ley de Rousseau y la organización del Estado de acuerdo con las ideas de la división de poderes de Looke y Montesquieu... Para los juristas del siglo XIX el Derecho se reducía a los textos positivos y por ello, no pudieron nunca fundamentarlo.¹⁹⁹ Existe todo un contexto social y científico que precede y determina al “positivismo jurídico” (entendido en sentido lato) y que, en alguna forma fue el presupuesto, junto con aquella codificación para su aparición y desarrollo.

Es también indicativo del “positivismo jurídico”, a diferencia del “derecho natural”, no ha podido formar una escuela positivista que brinde una visión coherente unitaria y profunda del fenómeno jurídico. Muchas de ellas sostienen ser

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ Beladiez Rojo, Margarita, *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 20 y 21.

simplemente “científicas” en tanto que otras combaten toda metafísica, tácita o expresamente; las teorías positivistas sólo son unitarias en sí mismas, en cuanto a su particular modo de ver la realidad. Esto es el efecto de la visión científicista del positivismo. Su decisión metodológica es partir de lo dado, del dato y el fenómeno, tal como por otra parte lo hacen la mayoría de las ciencias.

Desde mi perspectiva, el hecho que provocó la actitud positivista, fue el proceso de “codificación”, o sea la positivización de lo jurídico en disposiciones escritas, coherentes, técnicamente superiores, ocurridas durante el siglo XIX, aun en el mundo de habla inglesa. A ello deben agregarse los efectos de la “revolución científica” que impulsaron al positivismo en general. El eclipse del derecho natural –como quehacer científico- fue rápidamente sustituido por un serio esfuerzo por constituir una “ciencia del derecho” de alta calidad. Gracias a la positivación, lo dado estaba frente a quien quisiera tomarlo. El positivismo jurídico desde el comienzo asumió la tarea de construir una “ciencia del derecho” y si bien es cierto esto parece imposible (si por ciencia del derecho se entiende a una de las ramas en que el positivismo se ha expresado), sí es una realidad a la vista de lo que ha conseguido ampliando y profundizando el conocimiento de lo jurídico a través de una serie bastante amplia de ciencias jurídicas. Las conclusiones principales con relación al positivismo, desde mi punto de vista pueden, ser dos: A) Por una parte, el positivismo ha aportado a favor de un mejor conocimiento de lo jurídico; dirección que de ninguna manera está agotado y que por el contrario promisoriamente se puede desarrollar aún más. B) Por la otra es que no se encuentra ni se puede encontrar en el positivismo, una exposición del derecho como una totalidad puesto que descarta a priori los factores naturales existentes en la persona humana, sus derechos y sus deberes fundados en su estatuto ontológico; en el dominio sobre su propio ser. Este es el precio que ha querido pagar por su propio quehacer: el positivismo no tiene, en tanto tal, capacidad para captar lo esencial del derecho (ni el fundamento, ni la titularidad de todo derecho, dejando al arbitrio del soberano a supuesta creación de lo que es justo y su dogmática e incuestionable determinación) ni exponer sus fundamentos en totalidad. El positivismo jurídico ha eliminado la posibilidad de toda filosofía jurídica

y por lo tanto, de todo dato natural de características atemporal e inviolable que evite un dualismo jurídico que constituye todavía hoy la conflictiva alternativa “positivismo-derecho natural”, no considerando que, más que una alternativa, son partes de un todo que en la práctica busca dar a cada quién lo suyo en armonía con el bien común.

Respecto a los aportes del positivismo (en el desarrollo de sus variadas expresiones) hay que decir que sin esos avances no es posible una contemplación filosófica del derecho que pueda poner en evidencia su adecuación con la realidad.

El positivismo, bajo el argumento de atenerse únicamente al hecho de la codificación, ha despreciado realidades jurídicas de primer orden. Con ello no sólo nos da una visión incompleta y fragmentada, sino que abre las puertas para que el poder considere como derecho lo que claramente no lo es. Nos deja desprotegidos en una sociedad en la que los fenómenos de poder –político, social, económico, militar- son sus aspectos dominantes y en que, en el orden jurídico, se da un sistema racional de relaciones humanas y que el que gobierna no crea la razón de justicia.²⁰⁰

El positivismo considera, pues, al derecho natural como algo que no es un derecho en el sentido propio de la palabra debido no encuentran su fundamento o más bien no lo reconocen; Para el positivismo no hay más derecho que el derecho positivo, el derecho escrito, el ordenamiento jurídico, porque creen que su fundamento son dichos textos su validez formal y sus relaciones internas. Por eso Javier Hervada expone que; “el positivismo ha de partir de que el hombre no es persona, sino tan solo un individuo de la especie, al que la especie –la colectividad- atribuye unos derechos, sin otra base que el consenso social, expresado a través de la ley . Un consenso que se manifiesta en unos valores o percepciones meramente subjetivas de unos posibles bienes sobre cuyo respeto existiría un acuerdo general. Una especie de felicidad y libertad (pensamiento liberal-burgués) o de triunfo de la raza (nacionalsocialismo) o cualquiera de los

²⁰⁰ Hervada, Javier, op. cit., p. 114.

otros ideales que han conformado a través de los tiempos, las distintas sociedades. En lo que a nuestro tema respecta no hay diferencias sustanciales entre unos y otros ideales, porque todos tienen en común negar al hombre su carácter de persona. Solo así se explica que se entienda que el hombre se presenta ante los demás radicalmente vacíos de derechos, en una total indigencia, que no llenaría otra cosa que la concesión de la ley positiva. Todo derecho sería una creación, un don del legislador, de la sociedad en definitiva. Esto es inaceptable siendo como es el hombre persona. La persona no es vaciedad sino plenitud del ser, no es indigencia sino dominio y exigencia. Por naturaleza el hombre se presenta ante los demás como dominador y exigente, como titular de derechos –y correlativamente de deberes- naturales.”²⁰¹ En su más íntima realidad, el sistema positivista podría formularse de esta manera: el único derecho que merece ese nombre, tanto para el juez como para la jurisprudencia, en sus respectivos ámbitos de aplicación, está constituido por las normas que han sido dictadas conforme a la constitución, por la voluntad legítima, positiva y promulgada por órgano legislativo y que están admitidas por dicha autoridad explícita o implícitamente. El positivismo considera que la aplicación de la ley debe ser estrictísima y que el juez no debe resolver con adecuación al caso concreto considerando las circunstancias del mismo, armonizando lo justo con otros valores y considerando como apoyo directivo los principios jurídicos puesto que los supuestos normativos son suficientes debido a que el principio de legalidad es el único que debe considerarse al resolver un conflicto de intereses. El positivista da por supuesta la justicia, o más bien piensa que esa cuestión es de orden ético, no de orden jurídico y lo ético lo considera solamente como deseos poco concretos que se deben excluir si se quiere avanzar científicamente.

Verdad es que el positivista integral, en los Estados constitucionales, se encuentra muchas veces en aprietos para mantener sus postulados, en efecto, debe preguntarse entonces no solamente si la aplicación del ordenamiento jurídico es conforme a la “vía legislativa” prevista por la constitución, sino también si el

²⁰¹ Hervada, Javier, op. cit., p. 85.

ordenamiento –incluso el derecho consuetudinario- no entra en conflicto con los principios jurídicos del derecho constitucional, los cuales son la positivización y el desarrollo del derecho natural. Y el positivista se ve en peligro de volver a encontrar allí al “derecho natural” cuando se torna prudente que el juzgador considere su labor desde una perspectiva integral. Los artículos constitucionales no son, desde la perspectiva positivista, verdaderos principios jurídicos que reconocen y protegen derechos humanos (“derechos naturales”), sino únicamente facultades subjetivas y consideraciones políticas: un programa del poder público, que se ha establecido la constitución.

Sin embargo, no anda tan desorientado el positivista que, a pesar de su aversión por los preámbulos de las constituciones, descubre en ellos, con su fino olfato, las manifestaciones del derecho natural que, en su opinión, podrá aprovechar el juez en su jurisprudencia. En efecto, las diversas cortes supremas, para justificar los derechos de libertad, apelan al derecho natural (que es un conjunto de derechos humanos) desarrollado como un conjunto de principios, no sólo por encima de la legislación positiva, sino aún teóricamente por encima y más allá del autor de la constitución misma. Esos jueces constitucionales son verdaderos legisladores, que se apoyan en los “principios jurídicos y por lo tanto protegen los derechos naturales”.

La insuficiencia del positivismo en lo que concierne a la teoría del derecho y la filosofía del derecho, es generalmente reconocida actualmente ya que uno de los argumentos en los cuales se basaba, a saber, la indefectibilidad del ordenamiento jurídico, ha sido abandonada. Muchos juristas han abandonado el positivismo radical para adoptar otras posturas que favorecen la protección de los derechos humanos y los principios generales del Derecho que son normas valiosas de gran alcance, en que pueden apoyarse con gran frecuencia los jueces, para utilizarlos como directrices válidas en la interpretación el ordenamiento jurídico.

2.3. LA NORMA JURÍDICA

Pequeño será mi estudio sobre las normas jurídicas, el cual se realizará en dos partes; la primera se llevará a cabo a continuación y la segunda consideré conveniente plasmarla en el tercer capítulo, en el tópico que se refiere a la obtención de los principios generales del Derecho. Lo positivo queda entendido como un producto desglose, extensión o complemento de algún derecho natural.²⁰² De lo cual se tiene como resultado un conjunto de derechos positivos indispensables, cuyo origen lo encontramos en un conjunto de actos previstos en un orden jurídico determinado, provenientes de la prudencia política, de la correcta interpretación de los principios jurídicos y de la voluntad humana, de orden público (v. gr., normas jurídicas) o privado (v. gr., testamentos o contratos). No se puede afirmar que existe lo justo positivo si no se otorga y se respeta, prudencialmente lo justo natural y viceversa. Trataré brevemente los mecanismos con que se crea el derecho positivo u orden jurídico vigente, conformado por una gran cantidad de normas jurídicas, en nuestro sistema jurídico.

Las fuentes del derecho son el origen del orden jurídico positivo, es decir, de donde nace. Tradicionalmente, las fuentes del derecho se clasifican en reales, históricas y formales. Dentro de las fuentes formales, que son “los procesos de creación de normas jurídicas”,²⁰³ el orden jurídico mexicano contempla a la legislación, la jurisprudencia y la costumbre. Además, también encontramos como fuentes a las normas individualizadas y a los principios generales del derecho. La totalidad del orden jurídico formalmente válido constituye, pues, desde el ángulo formalista, una especie de sistema construido en forma escalonada o graduada, en estructura jerárquica en el cual cada uno de sus pisos o eslabones depende de otros y a su vez, sostiene a otros. Así pues, el Derecho regula su propia creación, su ulterior producción y su reforma; de tal modo que la producción de una norma

²⁰² Hervada, Javier, op. cit., p. 112.

²⁰³ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Diccionario jurídico mexicano*, T. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Porrúa/UNAM, 1995, pp. 1478-1480.

aparece condicionada en su validez por otra norma; y aquella norma, a su vez, es el fundamento determinante de la emisión de otros preceptos; y así sucesivamente hasta llegar a los mandatos ejecutivos de los agentes de la autoridad. La validez de todas las normas de un orden jurídico viene a desembocar aquí, esto es a fundamentarse en última instancia, en la Constitución- entendiendo por Constitución la norma que determina la suprema competencia del orden jurídico, es decir la suprema autoridad del Estado que en muchísimos casos suele ser la autoridad y la competencia del poder legislativo.²⁰⁴

I. Legislación.

El proceso legislativo, cuya finalidad es la creación de los ordenamientos jurídicos positivos, constituye en México la más importante fuente formal del derecho. En el ámbito federal, dicho proceso está previsto en los artículos 71 y 72 constitucionales y consta de seis etapas, que son: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e inicio de vigencia.²⁰⁵ Es importante señalar que existen procesos similares en cada una de las entidades federativas.

II. Jurisprudencia.

Es la aplicación de principios establecidos en las resoluciones de determinados tribunales, al interpretar las leyes, o al definir los casos no previstos en ellas.²⁰⁶

Los Jueces y los tribunales están obligados a resolver, de una u otra forma, los asuntos sometidos a su conocimiento, pero a veces el ordenamiento jurídico no contempla todos los casos posibles, o bien, es preciso averiguar el sentido que el legislador le quiso dar.

De esta manera, en el ámbito federal, el Poder Judicial de la Federación crea jurisprudencia a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno, o en Salas y por los Tribunales Colegiados de Circuito en materia de su

²⁰⁴ Recasens Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1972, p. 172

²⁰⁵ Cfr. Artículos 71, 72, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 48° Edición, México, Sista, 2007.

²⁰⁶ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1996, p. 68.

competencia,²⁰⁷ de la Sala Superior del Tribunal Electoral y de las Salas Regionales de éste.

Existen otros tribunales que también pueden emitir jurisprudencia en sus respectivos ámbitos de competencia; por ejemplo, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el Tribunal Superior Agrario, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y los Tribunales Superiores de Justicia de algunas entidades federativas.

III. La costumbre.

Se trata de normas jurídicas no escritas, impuestas por la repetición de acciones o situaciones, es decir, a través de la reiteración constante de una conducta de los hombres. La legislación mexicana, en algunos casos, admite la costumbre a falta de norma jurídica ya que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.

La costumbre está prevista en algunos ordenamientos jurídicos, tales como: el Código de Comercio, diversos Códigos Civiles, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley Federal del Trabajo.

IV. Normas individualizadas.

Se crean para aplicarse en forma individual a una persona o grupo de personas definido. Entre ellas podemos mencionar las sentencias judiciales, los contratos, las resoluciones administrativas, los testamentos y las obligaciones naturales. Pueden ser creadas inclusive por particulares como por ejemplo los contratos; sin embargo, en este caso obligan sólo a quienes expresamente los aceptan.

V. Los principios generales del derecho.

Son preceptos o máximas jurídicas de naturaleza normativa, notorias, indiscutibles, de carácter general, creadas mediante procedimientos jurídico-filosóficos de generalización²⁰⁸. Constituyen una fuente supletoria de la ley, que permite a los juzgadores resolver las controversias frente a las lagunas u

²⁰⁷ Chávez Castillo, Raúl, *Juicio de amparo*, 4ª Edición, Porrúa, México, 2004, p.27.

²⁰⁸ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tercera Sala, t. LV, p. 2642; CD-ROM IUS: 357113.

omisiones de ésta. Algunas veces es obligatorio recurrir a ellos, tal como se observa en el último párrafo del artículo 14 constitucional, que dice: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.²⁰⁹

En México no existe un listado expreso de principios generales del Derecho, debido a la dificultad para realizarlo y a la falta de conciencia con relación a su utilidad. Así, queda a criterio del juzgador determinarlos o deducirlos, obtenerlos de los precedentes jurisprudenciales o de la doctrina.

Clasificación del sistema normativo.

Cada una de las normas jurídicas, tiene características que hacen evidentes sus alcances, se clasifican, entre otras formas, en atención a su jerarquía constitucional, su ámbito material de validez y su ámbito espacial de validez.

1. Jerarquía.

Las normas jurídicas no tienen forzosamente el mismo rango ni categoría; algunas son superiores y otras inferiores, es decir, existe entre ellas un orden jerárquico. Esto permite determinar cuál es la norma que resulta aplicable en caso de contradicción. Además, existe la necesidad de que unas se apoyen en otras; toda norma jurídica se considera válida y obligatoria porque se encuentra apoyada en otra superior y esta otra, a su vez, porque se encuentra apoyada en otra norma de más elevada categoría, hasta llegar a la Constitución Federal²¹⁰.

Así, en México, el nivel máximo superior es ocupado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los tratados internacionales se encuentran en segundo plano inmediatamente debajo de ella y en tercer lugar, se encuentran el derecho federal y el local, con igual jerarquía.²¹¹

II. Ámbito material de validez.

²⁰⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit., Art. 15, p. 13.

²¹⁰ Recasens Siches, Luis, op. cit., p. 172.

²¹¹ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, T. X, Noviembre de 1999, Tesis P. LXXVII/99, p. 46; CD-ROM IUS: 192867.

El ámbito material de validez de las normas jurídicas, identifica la materia que pretenden regular, es decir, las normas jurídicas no se aplican indistintamente; cada una rige en determinada área del derecho y tiene características particulares. Tradicionalmente suele distinguirse entre Derecho público y Derecho privado,²¹² siendo las ramas del primero las materias constitucional, internacional pública, administrativa, procesal, electoral y penal. En el derecho privado tenemos las materias civil, mercantil e internacional privada,²¹³ las que a su vez pueden admitir múltiples divisiones.

Existen otras ramas del derecho, como la agraria, la económica, de la seguridad social, del trabajo y de asistencia social que, por sus vínculos proteccionistas, aspiran a la supremacía de los bienes comunes sobre los intereses individuales y conforman el derecho social. Además, debido a las transformaciones sociales han surgido nuevas disciplinas, tales como el derecho de la informática.

III. Ámbito espacial de validez.

El campo espacial o territorial de validez²¹⁴ de las normas se determina por el lugar donde éstas son aplicables. La República Mexicana está compuesta de Estados libres y soberanos en cuanto a su régimen interior, pero unidos en una Federación. Además, forma parte de ella el Distrito Federal, que es la sede de los Poderes de la Unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos. Por su parte, los Estados tienen como base de su división territorial, organización política y administrativa, al Municipio libre. Por ello, en los Estados Federales como México, las normas jurídicas pueden ser clasificadas en: federales; locales... y municipales.²¹⁵ De esta manera, el orden federal comprende las leyes (ordenamientos jurídicos) que son obligatorias en toda la República. El orden local abarca los ordenamientos jurídicos que sólo obligan dentro de la entidad federativa –Estados o Distrito Federal- en que se expidieron. Finalmente, las

²¹² Recasens Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 179.

²¹³ Recasens Siches, Luis, op. cit., Ídem.

²¹⁴ Recasens Siches, Luis, op. cit., Ídem, p. 180.

²¹⁵ Recasens Siches, Luis, op. cit., Ídem.

disposiciones de carácter municipal sólo son aplicables en la circunscripción territorial del Municipio libre²¹⁶ donde fueron creadas.

Toda norma jurídica es una prescripción obligatoria. Prescribe conductas que constituyen un deber de justicia;²¹⁷ dirigiendo la conducta hacia un deber ser, lo justo simpliciter²¹⁸ (si lo justo se determina en absoluto) o lo justo *secundum quid* (si la norma es en parte justa, relativa) por eso obliga, por la medida de lo justo que en ella se determine, No toda norma jurídica es una prescripción imperativa pues si el Derecho fuese, en efecto, un sistema de mandatos del Estado habría que concluir necesariamente que su interpretación se agotaría con una exégesis de las palabras de la ley , buscando sobre todo precisar el sentido exacto de ese mandato a través de una inquisición de la *voluntas legislatoris*. Sin embargo, ya la implacable y decisiva crítica de Gény en Francia demostró la necesidad de que el intérprete maneje datos y criterios prepositivos para poder descender al examen mismo de los elementos positivos y antes aún tuvo la elemental constatación de que la ley suele ser más inteligente que el legislador y de que es preciso atender, como justifico Wach, no a una petrificada, como una vez por todos expresada, *voluntas legislatoris*, sino por lo menos a una viva y objetiva *voluntas legis*, institucionalmente valorada y susceptible por ello de una interpretación evolutiva.²¹⁹ Imperativo se toma en su sentido propio y estricto: como algo dimanante del poder superior a los destinatarios de la norma *imperium*.²²⁰ Todo encauzamiento de conductas que origine una obligación de justicia, esto es, que se imponga por un deber estrictamente justo, es norma jurídica. Desde mi

²¹⁶ Ídem.

²¹⁷ Hervada, Javier, op. cit., p. 136.

²¹⁸ Dios, en lo que se refiere al alcance normativo, es la justicia en absoluto, Él es la norma de toda conducta, en cualquier situación y para cualquier persona pues, en su infinita sabiduría, desde siempre determinó lo suyo de cada quién. Pero considero que a los principios jurídicos se les puede calificar de justos simpliciter, aunque no lo son, con la finalidad de distinguirlos de las normas particulares, por su gran alcance, su finalidad y su peso específico.

²¹⁹ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 19-20.

²²⁰ Hervada, Javier, op. cit., p. 136.

personal punto de vista, considero que el lenguaje genérico y las relaciones de justicia incitas en las normas jurídicas, como notas esenciales, tienen más alcance que el de la pura imperatividad cuando su alcance jurídico se hace presente inspirando o dirigiendo la creación de otras normas jurídicas y cuando por las circunstancias fácticas hacen que el sentido de la norma deba diferenciarse de la voluntad del legislador y también es importante señalar que, desde la perspectiva jurídica, lo que en el fondo obliga no es quién manda sino lo que se manda. Se dice que los preceptos jurídicos norman, porque provocando o prohibiendo conductas dirigen al hombre en sociedad; y jurídica porque obliga protegiendo y otorgando derechos con el fin de alcanzar la justicia. Son normas jurídicas los ordenamientos jurídicos (que buscan realizar la justicia legal) que dimanen del poder público, pero pueden ser también normas jurídicas las cláusulas derivadas de los tratados internacionales, de los contratos de compraventa o de la costumbre. Lo que hace que una norma de naturaleza social sea norma jurídica es que obligue con deber de justicia, dándole a cada quién lo suyo mediante “la tipificación de supuestos de hecho... que no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene,”²²¹ igual si provienen dichas normas del poder público en un ordenamiento jurídico, que si deriva de un convenio, o de cualquier norma individualizada.

La existencia de obligaciones individuales-naturales excluye que la norma jurídica esté necesariamente unida con el ordenamiento jurídico; la norma jurídica sería de suyo una emanación del poder social,²²² un instrumento político sin naturaleza jurídica. Lo anterior se basa en que; “La positivación no da al derecho natural su índole jurídica,”²²³ aunque si lo limita y adecua a las circunstancias históricas. Unir la norma con un poder público es conveniente desde la visión política pues se guarda relación con el desarrollo pleno del orden social y por lo tanto, con el logro

²²¹ García de Enterría, Eduardo, op. cit., p. 18.

²²² Hervada, Javier, op. cit., p. 136.

²²³ Hervada, Javier, op. cit., p. 178.

del bien común. Pero esta perspectiva no es la propia del jurista, cuyo concepto clave no es el de orden, sino el de reparto de cosas, o sea el de lo justo. Por eso, la indicada perspectiva filosófico-política no da razón suficiente de una serie de fenómenos normativos de naturaleza jurídica. Cuando la filosofía jurídica ha adoptado -como ha ocurrido y ocurre tantas veces- la misma perspectiva que la filosofía política, se ha visto incapaz de explicar el fenómeno jurídico en su totalidad, cayendo en un reduccionismo –norma jurídica igual a ley del poder social- que deja sin clara explicación fenómenos normativos de indudable naturaleza jurídica (derecho internacional, negocios jurídicos, convenios colectivos de trabajo, etc.), porque engendran normas de verdadera y estricta justicia. No menos perturbador ha sido que la filosofía jurídica haya asumido la perspectiva filosófico-política con relación a la obligatoriedad de la norma jurídica, pues esta obligatoriedad se ha visto como fruto del mando, cuando, desde el punto de vista jurídico, la obligatoriedad de la norma jurídica es la propia del deber correlativo al derecho, a lo justo. Sin duda la norma obliga porque está mandada, pero, jurídicamente, lo mandado obliga porque el poder de mando tiene, como una de sus funciones, determinar lo justo legal.²²⁴ Me parece indispensable seguir atentamente estos párrafos porque Javier Hervada plantea con claridad una perspectiva sumamente útil para los juristas mexicanos: El derecho natural –en sentido objetivo- no es otra cosa que una clase o tipo de normas jurídicas generales. Hay, pues, que distinguir el derecho natural de otras cosas a las que, a veces, se les otorga –con innegable imprecisión el título de derecho natural. En concreto no son propiamente derecho natural: a) los condicionamientos objetivos del derecho positivo, determinados por la naturaleza y la estructura de las cosas; las leyes positivas han de tener en cuenta la consistencia, las propiedades y las leyes que rigen las cosas objeto de regulación, pero esto no es cuestión de derecho natural, sino de acierto y sensatez legislativa, de ley es correctas o incorrectas. b) El momento racional o dimensión de racionalidad del derecho positivo; toda norma jurídica debe ser racional, de modo que una norma irracional

²²⁴ Hervada, Javier, op. cit., p. 136-137.

deja de ser obligatoria en la medida en la que sea irracional o conduzca a un absurdo, más esto es una propiedad de la norma positiva, no del derecho natural. Cuanto acabamos de señalar constituye el conjunto de propiedades y requisitos de las normas positivas, no una clase o tipo de normas jurídicas que es aquello en lo que consiste el derecho natural.²²⁵ Por último considero que los principios jurídicos siendo normas jurídicas, proporcionan un criterio de ajustamiento a los ordenamientos jurídicos positivos, puesto que mandan y prohíben, causan y ordenan conductas y por lo tanto son intrínsecamente valiosos pues protegen, con un alcance enorme, la dignidad de la persona humana, que es el fundamento y título de los mencionados derechos humanos. Por lo cual considero que el juzgador debe considerar que los principios jurídicos o principios generales del Derecho son normas jurídicas (las de mayor alcance) capaces de proporcionarle todas sus características y con ello toda su funcionalidad en orden a la solución de casos concretos.

2.4. FORMACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN HISPANOAMÉRICA

Al descubrir el Nuevo Mundo, los efectos ideológicos de la hazaña se manifestaron en diferentes órdenes, que iban desde la ampliación de los conocimientos geográficos y de la ciencia natural, hasta la indagación del origen y la naturaleza del hombre americano, problemas que se vieron mezclados con preocupaciones de índole religiosa y política.

Por ello se explica que la colonización americana diera origen a una abundante literatura política y teológica, para dilucidar las siguientes cuestiones; ¿Cuáles son los títulos que justifican el trato de los europeos con los pueblos indígenas?; ¿Cómo se debe gobernar a los hombres recién hallados?

No faltaron ciertamente (en la conquista) en esa grandiosa empresa, ejecutada por hombres, crueldades y abusos de diversas clases. Pero no tan generalizados ni tan graves como pretende la leyenda negra contra la Iglesia Católica y contra

²²⁵ Hervada, Javier, op. cit., p. 138.

España.²²⁶ Conviene afirmar que desde entonces existe un movimiento intelectual iniciado por eclesiásticos y personas cultas para reducir la conducta de los conquistadores y pobladores a principios de mayor justicia. Ya desde entonces los principios eran considerados como guías de la conducta humana y protectores de derechos humanos. Además, la doctrina que alimentó las instituciones que regían la nueva sociedad hispanoamericana no es independiente de la filosofía creada por la secular cultura europea, ni en la tradición greco-latina raíz del pensamiento clásico medieval. De ahí conexiones las con la teología, la ética y la moral, porque en el siglo XVI español los problemas humanos se enfocan preferentemente desde el punto de vista de la conciencia y desde las creencias religiosas.

Primeramente considero importante estudiar brevemente las ideas acerca del contacto de cristianos con infieles. Es un planteamiento de origen medieval que conservara su vigencia después del descubrimiento de América. Considero posible encontrar una doctrina general de los pensadores europeos acerca de la relación de la cristiandad con los infieles.

Según la ideología católica a Cristo Redentor le pertenece; en derecho, todo principado, dominio y jurisdicción, Cristo es Rey de la creación y de amor y por lo tanto su poder, a diferencia del de los hombres es supremo e infalible. El Papa como es hombre no es infalible y por lo tanto, no tiene derecho sobre los infieles y sus territorios, esto no siempre fue entendido por algunas personas, las cuales, débiles o interesadas, han llegado a pensar que cuando el Papa así lo estimara oportuno, podía reclamar la potestad sobre los infieles y sus territorios, quienes, entre tanto, sólo gozaban de una tenencia precaria de su reino, a modo de concesión de la sede romana. Frente a esas malas interpretaciones se encuentra la de un conjunto de frailes de la Nueva España que exponían al Papa el problema de la evangelización de los indios y de sus relaciones con los españoles...²²⁷ por ejemplo; fray Bartolomé de las Casas más conocido por su defensa de los indios

²²⁶ Sánchez Ruiz, Pedro, *Nacimiento grandeza, decadencia y ruina de la nación mejicana*, Tomo I, México, Honor y Fidelidad, 2005, p. 126.

²²⁷ López de Lara, Guillermo, *Ideas tempranas de la política social en indias apología de los indios bula de la libertad*, México, Jus, 1977, p. 233.

que por sus ideas, afirmaba que entre los infieles que nunca escucharon predicaciones sobre Cristo ni recibieron la fe, había verdaderos señores, reyes y príncipes; y el señorío con su dignidad les competía por derecho natural.

En este sentido el Papa Paulo III dejó claros dos principios doctrinales categóricos: 1º Los indios son libres y pueden poseer bienes propios, aunque se encuentren fuera de la Iglesia, lo que no es atribuir el mismo valor a todas las religiones o a la irreligión total, sino reconocer que esos derechos son inherentes a la naturaleza humana y no tienen su fundamento en la religión profesada ni están condicionados por ella.

2º Independientemente de esos derechos, supuesto que son hombres, los indios tienen capacidad para abrazar la fe (cristiana) y merecer la salvación, lo que, según el pensamiento cristiano, sólo es normalmente posible dentro en la Iglesia.²²⁸

Así pues, los indios son seres humanos con derechos naturales y por lo tanto responsables de sus actos. Las siguientes líneas presentan un resumen brillante de la perspectiva de la Iglesia Católica, planteando los principios que deben regir, con relación a los derechos humanos, las relaciones entre los cristianos y los gentiles y los miembros de otras religiones:

“Pero, ¿El que acepta la verdad revelada, querrá imponerla a los demás por la fuerza? ¿Violará en ellos las prerrogativas de la conciencia y de la libertad?

Es granítico axioma en el catolicismo, que a nadie puede constreñirse para que abrace la fe.

Defendiendo la conciencia de los judíos en épocas turbulentas y duras, fulminaba la Iglesia con excomunión para quien intentase compelerlos al bautismo. Así Clemente III en el siglo doce, Gregorio Nono en el trece.

Y en el propio siglo trece –plenitud de la Edad Media tan lamentablemente juzgada por Renán-, las Siete Partidas estatuyen la libertad religiosa de moros y judíos y categóricamente prohíben que se les haga “fuerza *nin* premia”, e inculcan que “por buenas palabras e convenientes predicaciones, deben trabajar los cristianos de

²²⁸ López de Lara, Guillermo, op. cit., p. 236-237.

convertir a los moros” y judíos y a que Dios “non se paga el servicio *quel facen* los *homes* a miedo”. (Séptima Partida. Tít. 24, ley sexta. Tít. 25, ley segunda).

Y Santo Tomás de Aquino, magno doctor y “voz de muchas aguas”, asienta que a “los judíos y gentiles, de ningún modo se les ha de compeler a la fe”; y que ha de respetarse su conciencia no sólo en ellos, sino en sus vástagos, a los cuales no puede bautizarse contra la voluntad paterna, porque –dice espléndidamente, con sentencia hoy conculcada- “nadie debe quebrantar el orden del derecho natural, por el que el hijo está bajo la tutela del padre”. (Suma Teológica, sección segunda de la segunda parte, cuestión 10, artículos 8 y 12).

No obstante, el propio Santo Tomás opina que, abrazada libremente la fe, hay que guardarla con fidelidad; por lo cual “los herejes y apóstatas deben ser obligados a que cumplan lo que prometieron”. Cuestión de lealtad. Como en el matrimonio, como en el patriotismo. Y este principio rige en la Inquisición, que exclusivamente afectaba a quienes ya pertenecían al gremio de la Iglesia, nunca a los demás. Se respetaba al judío leal; se castigaba al “judaizante”, converso simulado y con frecuencia sacrílego. Más aún: los indios, sólo por estimárseles “tiernos en la fe”, quedaron siempre, a lo largo de tres siglos, exentos de Inquisición. El Santo Oficio no lo era de conquista, sino de salvaguardia; no de agresión, sino de defensa. Defendía la unidad religiosa que espontáneamente existía y que era clave y nervio de la unidad nacional.

Pero, ¿Qué hacer cuando se ha roto la unidad ideal de un pueblo y lo cruzan corrientes ideológicas discrepantes?

¿Será justo y honrado que una de ellas, cualquiera de ellas –y no digamos la mínima-, se imponga por la fuerza a los demás?

No. Que cada una pueda expresarse y difundirse, sea conviviendo con las otras en un centro de libre intercambio intelectual, sea creando, si quiere impartirse en enseñanza coherente y armónica, sus propios centros de educación y cultura.

Libertad para todos. Tiranía para nadie.

Solución diáfana y honrosa.”²²⁹

²²⁹ Junco, Alfonso, *Controversia con don Antonio Caso*, México, Jus, 1955, p. 15.

Los Papas han formado la ideología de Hispanoamérica en lo relativo a los derechos humanos siguiendo las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino y de los romanos, admitiendo que los infieles pueden tener dominios, posesiones y jurisdicciones lícitamente ya que no se hicieron solamente para los fieles, sino para toda criatura racional, pues como enseñan tanto el digesto, como las instituciones de Gayo con relación tanto al derecho natural y de gentes, como a las obligaciones naturales; el hombre “adquiere por Derecho natural la propiedad de ciertas cosas por la tradición y asimismo por ocupación las cosas que no tienen dueño; y la mayor parte de las obligaciones establecidas por convenio verbal, descansan, según Gayo, en el *ius gentium*, entre todos los hombres ya fuesen ciudadanos romanos o ya peregrinos.²³⁰ En consecuencia, no es lícito al Papa ni a los fieles quitar a los gentiles los bienes y jurisdicciones que poseen sin injusticia. Pero Cristo y en consecuencia el Papa, tiene potestad de derecho sobre todos los hombres, aunque no de hecho. Por eso puede la sede romana, dentro de un lapso de tiempo estrictamente indispensable y de la forma más pacíficamente posible,²³¹ tratar de readaptar o ayudar, en la medida de lo posible y mediante los mecanismos internacionales que sean adecuados en el contexto histórico, a los gentiles que obran contra la ley de la naturaleza (v. gr., comer humanos vivos, matar inocentes, esclavizar personas.). El pensamiento cristiano recuerda en todo momento la existencia de elementos de derecho natural y de razón que son patrimonio de todos los hombres. La conquista hispanoamericana y la vida intelectual novo hispana, ideológicamente hablando, fueron el escenario donde se desarrollaron con más vigor las principales teorías de los derechos humanos que hasta la fecha influyen a los principales juristas y filósofos del Derecho.

²³⁰ Cathrein, Víctor, *El Derecho natural y el positivo*, 2ª Edición, (Traducción) Alberto Jardón y Cesar Barja, Filosofía del Derecho vol. XV, Madrid, Reus, 1926, pp. 174-175.

²³¹ Lo que no evita que en determinado momento se tuviera que usar violencia mediante la exhortación a un brazo secular legitimado, siempre siguiendo los principios de la guerra justa y retrotrayendo en la medida de lo posible, pasado el tiempo necesario, las cosas (situaciones) al estado que se encontraban antes del uso de la fuerza.

Las dificultades de hecho que trajo consigo la puesta en práctica de tales ideas estuvieron acompañadas de una profunda formación teórica realizada por los tratadistas españoles más importantes, sin restar mérito de pensadores de otras partes de Europa como Francisco de Vitoria que llevó a un buen lugar el desarrollo de ideas semejantes desechando como títulos ilegítimos el dominio temporal universal del Papa y del gobernante impugnando la donación de tierras hecha por Alejandro VI²³². Y afirmaba, dentro de la tradición tomista, que los títulos legítimos y por lo tanto los fines para la incursión de los españoles eran: la comunicación entre los pueblos, que no implicaba necesariamente una dominación política; la propagación de la fe, que puede ser pacífica y dejar a salvo las posesiones de los infieles si no la resisten; la preservación de la fe ya recibida; la tiranía contra natura de los naturales; la verdadera, voluntaria y espontánea elección del rey español, tanto por los señores como por sus súbditos; las alianzas como la hecha entre los soldados de Hernán Cortés y los tlaxcaltecas para atacar a los mexicas; y sin llegar a una afirmación plena por no ser cristiana, el mando del hombre prudente sobre el bárbaro, aprobado por Aristóteles.²³³ Siendo la base de las anteriores afirmaciones la puesta, por Guillermo López de Lara, del planteamiento que Vitoria hace en las siguientes líneas: El Papa no es señor civil o temporal de todo el Orbe, hablando propiamente de dominio y potestad civil y que solo tiene potestad temporal en orden a lo espiritual, esto es en cuanto fuere necesario para la administración de las cosas espirituales. Por consiguiente, siendo la que tiene sólo en orden a lo espiritual, al no tener sobre ellos potestad de esta índole, tampoco tiene potestad temporal ninguna sobre esos bárbaros ni otros infieles... los bárbaros eran verdaderos señores, pública y privadamente y pues sus bienes no carecían de dueño no caían dentro de ese derecho que, por tanto, de por sí no ayuda a la posesión de aquellos (los españoles) más que si ellos nos hubieran descubierto a nosotros.²³⁴

²³² López de Lara, Guillermo, op. cit., p. 25.

²³³ López de Lara, Guillermo, op. cit., pp.23-25.

²³⁴ López de Lara, Guillermo, op. cit., p. 25.

Otro gran defensor de la libertad de los pueblos indígenas, Vasco de Quiroga, primer obispo de Michoacán, a quien Zavala ha dedicado muchos estudios por ser un valiente defensor de los derechos humanos, los cuales se han recogido en su *Recuerdo de Vasco de Quiroga* (México, Porrúa, 2ª. Ed. Aumentada, 1987)²³⁵ y otros muchos artículos.

La encíclica *Sublimis Deus de Paulo III*²³⁶ es producto del pensamiento de varios misioneros; En sus peticiones al Papa, destacan las del dominico Bernardino Minaya;²³⁷ una carta del dominico Julián Garcés²³⁸; una carta del franciscano Juan de Zumárraga Obispo electo de México²³⁹; varios escritos del dominico fray Bartolomé de las Casas; y las opiniones de los obispos y religiosos novohispanos en las juntas celebradas en la ciudad de México.

La encíclica *Sublimis Deus*, es, sin duda, una primera declaración universal de derechos humanos, producto de un reconocimiento previo de esos derechos, hecho por misioneros que reconocieron en el indio al otro hombre, esto es a seres distintos de ellos, pero tan seres humanos como ellos mismos. El mandato del Pontífice dice con sólidos argumentos, absoluta autoridad, extendiendo la orden a futuro y de un modo universal: “con autoridad apostólica y mediante las presentes letras decidimos y declaramos, no obstante cualquier cosa anterior o que en contrario sea, que los dichos indios y todas las demás gentes que en el futuro lleguen a ser conocidas de los cristianos, aunque se encuentren fuera de la religión de Cristo, no por ello están privados ni deben ser desposeídos de su libertad ni del dominio de sus cosas, así es que libre y lícitamente pueden usarlas, poseerlas y disfrutar de ellas y no han de ser reducidos a servidumbre. Y sí aconteciere que algo fuere hecho en contrario, sea *írrito* y vano y de ninguna fuerza ni consideración. Y esos indios y las demás naciones han de ser llamados a la Fe de Cristo mediante la predicación de la palabra de Dios y el ejemplo de la

²³⁵ Zavala, Silvio, *Recuerdo de Vasco de Quiroga*, 2ª. Edición aumentada, México, Porrúa 1987.

²³⁶ López de Lara, Guillermo, op. cit., p. 241.

²³⁷ López de Lara, Guillermo, op. cit., p.289.

²³⁸ López de Lara, Guillermo, op. cit., p. 297.

²³⁹ López de Lara, Guillermo, op. cit., p. 153.

vida virtuosa".²⁴⁰ Los temas del bien común, de la paz, la justicia y los derechos humanos tienen una antigua trayectoria filosófica. La defensa de los derechos de los indios hace surgir el iusnaturalismo en nuestra tradición filosófica-jurídica. Toda la formación de conceptos tales como la justicia, bien común y derechos humanos hecha por la Iglesia Católica y sus pensadores, se enfrenta con la realidad histórica de la tremenda violación a los derechos de los indios por parte de muchos conquistadores y gobernantes y por el olvido de dichos conceptos causado por algunos liberales-positivistas a partir de los siglos XVIII y XIX. Y es así que queda firme en nuestra tradición teórica sobre los derechos humanos, la triste realidad de que, desde los tiempos prehispánicos hasta los nuestros, los derechos humanos se han ultrajado en las personas que valientemente han forjado y continúan forjando nuestra Patria.

Quienes desde la época de la Independencia vienen defendiendo la concepción liberal de la vida de derechos absolutos, de libertades ilimitadas no tienen que renegar del pasado hispanoamericano, de la influencia que la Iglesia Católica y sus pensadores han realizado, pues contiene valores capaces de suministrar apoyo y estímulo a la tan invocada defensa de los derechos humanos, por lo que son valores a los que muchos grandes pensadores contemporáneos están regresando por parecerles insuficientes y decadentes las citadas ideas liberales. La historia ideológica de América se une con las más universales inquietudes acerca de los derechos humanos, del orden en la comunidad política y de la convivencia de las naciones.

2.5. LOS DERECHOS HUMANOS

Al tocar el tema del derecho y la justicia en el capítulo I., apartado 5., analicé las características de los derechos que podría calificar como propios del hombre. En el presente apartado simplemente quiero complementar algunas cuestiones que se relacionan con el bien común y con los principios jurídicos que, a mi

²⁴⁰ López de Lara, Guillermo, op. cit., pp. 242-243.

parecer el juzgador debe recordar al decidir cualquier caso concreto Todo sistema jurídico es en parte natural y en parte positivo, no son dos sistemas diferentes, sino uno solo. Para poder realizar los fines del hombre, propios de la ley natural en las relaciones interpersonales, es necesario como potestad de origen natural, crear normas positivas que den a conocer y desarrollen conforme a la realidad histórica, en el orden práctico, los derechos que de dichos fines se desprenden. De dicha potestad normativa se desprende el poder social y no al revés, porque de lo natural en las relaciones sociales se deriva lo positivo. Si se conciben los derechos naturales como algo abstracto, como ideales genéricos sin ninguna realidad jurídica, la normatividad no sería directiva de la conducta humana debido a que todo valor contenido en una norma solo sería una buena intención pero inalcanzable, ni se desarrollaría en pro del orden social por su imposibilidad de realización fáctica, ni exigiría el respeto y la promoción de los derechos humanos puesto que no serían realidades oponibles ante todos los seres humanos en cualquier situación de la vida y por lo tanto la dignidad humana no sería el centro del sistema jurídico vigente. En un sistema jurídico positivista no existe un esfuerzo por descubrir lo real en el hombre y en sus relaciones sociales y sí una simple lucha de fuerzas políticas que, sin proteger la dignidad de la persona humana, busca obtener utilidad de la misma. La abstracción y generalidad de las normas jurídica y en particular de los principios jurídicos se confunde con los derechos humanos, provocando que en la cultura jurídica se identifiquen y por lo mismo, se desvíen las miradas hacia el texto normativo y por lo tanto, se abandonen las consideraciones y adecuaciones que la persona, individualmente considerada, merece en cada situación concreta. Los derechos naturales en sentido realista son derechos reales y concretos (no solo un derecho subjetivo o facultad) atribuidos a una persona humana...²⁴¹ Javier Hervada enuncia que la perspectiva realista del derecho tiene como consecuencia la distinción entre los enunciados generales y abstractos... y los derechos reales y concretos de que

²⁴¹ Hervada, Javier, op. cit., p.105.

goza cada hombre en particular.²⁴² La vida, la salud, la libertad de tránsito, la educación, la libertad laboral y todos los demás derechos, son aquellas realidades que se protegen con normas jurídicas llamadas principios jurídicos y se limitan con relación a sus fines mediante normas jurídicas particulares y decisiones prudenciales de los jueces. La interpretación de un principio jurídico no se puede realizar sin ponderar su contenido, el cual es valioso en sí mismo pues es un derecho humano que expresa la dignidad humana²⁴³ y que se debe considerar funcionalmente, con relación a su fin (de dicho derecho). Desde mi perspectiva es indispensable, para que se administre justicia humanamente, que los jueces realicen las anteriores distinciones en su labor interpretativa.

Después de la Primera Guerra Mundial, con el surgimiento de los regímenes políticos de carácter totalitario, los problemas sociales desembocaron en la Segunda Guerra Mundial. Tras ésta, las potencias vencedoras fundaron la ONU la cual, en su asamblea de 10 de diciembre de 1948, **aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos**,²⁴⁴ que no es un catalogo exhaustivo de todos los derechos y de todas las libertades fundamentales del ser humano; solo enumera los más evidentes, sin ofrecer un desarrollo explicativo de cada uno de ellos. En dos grandes categorías se clasifican los derechos humanos y las libertades fundamentales que enuncia la Declaración Universal, para agrupar a unos con el nombre de derechos civiles y políticos y a los otros, bajo la denominación de derechos económicos, sociales y culturales.

Por regla general, para la vigencia efectiva de los derechos civiles y políticos, como sucede por ejemplo, con el derecho a la vida, a la libertad a la igualdad, únicamente se requiere que sean formalmente reconocidos y prácticamente respetados por el Estado, sin que la existencia de ellos sea una consecuencia de acciones directas o prestaciones positivas del Estado ya que de ordinario solo requieren una abstención de interferencia por parte del Estado, salvo casos

²⁴² Hervada, Javier, op. cit., pp. 105-106.

²⁴³ Pues el fundamento y título de todo derecho humano es la persona.

²⁴⁴ Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 1972, p. 606.

excepcionales que reclaman el establecimiento por el Estado de una estructura adecuada para el ejercicio de ellos, como ocurre por ejemplo, con los derechos en materia electoral, en los que el Estado no debe esperar a tener mayores recursos económicos para establecer y mantener procedimientos y órganos adecuados para la eficacia y transparencia de los sufragios electorales.²⁴⁵

Los Derechos Humanos, por encontrarse fundamentados en la inalienable e intransferible dignidad de las personas y al ser oponibles *erga omnes*, obligan a los juzgadores a considerar los siguientes criterios:

1. Ningún ser humano puede verse injustificadamente privado de sus derechos.
2. Los derechos deben constituir el núcleo alrededor del cual se han de organizar la vida jurídica, política, social, económica y cultural de los Estados.
3. Deben servir de código básico y fundamental de la organización jurídica de todas las naciones y del Derecho Internacional.
4. El fin de una persona no debe depender de otra.
5. A cualquier ser humano se le debe tratar como semejante.
6. El trato interpersonal debe ser equitativo, lo que quiere decir que se deben aplicar dos principios básicos que son conocidos como solidaridad y subsidiariedad; si por alguna razón hay que excluir a alguien esto se debe realizar poniendo, en la medida de lo posible, todos los medios para que la persona excluida pueda alcanzar su perfeccionamiento personal, a lo cual se le conoce como solidaridad; este principio debe ser complementado por el de subsidiariedad, el cual consiste en poner, hasta donde sea posible o conveniente, los medios necesarios para que la persona excluida alcance su desarrollo personal.
7. Una persona humana nunca puede ser considerada como un medio para que otras alcancen sus fines.
8. Los derechos humanos legitiman un ordenamiento legal.
9. Los derechos humanos son un límite objetivo del pluralismo de los pueblos.

²⁴⁵ Sánchez Medal, Ramón, op. cit., p. 609-610.

10. Los derechos humanos no son facultades.
11. Los derechos humanos no son ilimitados.
12. Ante todo derecho humano existe una obligación seria.
13. Los derechos humanos deben ser interpretados teleológica y prudencialmente.
14. Los derechos humanos son bienes o valores que se complementan, no se excluyen.
15. Los derechos humanos se protegen mediante principios jurídicos.

De esta manera, los Derechos humanos intentan poner de manifiesto el valor supremo de las personas, es decir, constituyen un conjunto de propiedades y prerrogativas (un conjunto de derechos) de los individuos que el Estado no puede invadir y que las leyes deben garantizar. Los Derechos Humanos constituyen exigencias inmediatas, que deben ser no sólo respetadas, sino también garantizadas por todos los Estados; es más, desde este punto de vista, todo Estado en el que no se encuentren garantizados estos derechos es un Estado total o parcialmente injusto.

El principal reconocimiento internacional de los Derechos Humanos se produce en 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos establecida por la ONU en donde, junto a los derechos reconocidos en la declaración francesa, se incluyen los derechos socioeconómicos.

En la noción de los derechos humanos se conjugan su raíz ética-jurídica con su vocación estrictamente jurídica. A tenor de ella, de acuerdo con el realismo jurídico, los derechos humanos poseen una irrenunciable dimensión prescriptiva; implican exigencias ético-jurídicas de **deber ser** que legitiman su reivindicación allí donde no han sido reconocidas. Pero, al tiempo, constituyen categorías que no pueden desvincularse de los ordenamientos jurídicos: su propia razón de ser se cifra en ser modelo y límite crítico a las estructuras normativas e institucionales positivas y de situaciones fácticas. Cuando esa recepción se produce, en el ordenamiento jurídico interno, nos encontramos con los **derechos fundamentales** en los cuales se subsumen las **garantías individuales**.

Las modalidades denominadas erróneamente como derechos humanos suelen ser las siguientes:

1. Los **derechos públicos subjetivos**. La categoría de derechos públicos subjetivos aparece en el siglo XIX, acuñada por la Escuela alemana del Derecho Público, como un intento de sustituir la idea de los derechos naturales, en cuanto se desnaturalizaron y redujeron a libertades de los ciudadanos frente al poder de Estado. Para ello se precisaba reconocer la personalidad jurídica del Estado, que adquiriría la titularidad de derechos y obligaciones para con los particulares, estableciéndose también la consiguiente tutela jurisdiccional de las situaciones subjetivas así instituidas. Los derechos públicos subjetivos, ligados a la concepción individualista propia del estado liberal de Derecho, han sido objeto de una profunda revisión tendiente a reemplazarlos por la categoría más amplia de los derechos fundamentales.

2. **Derechos estamentales**. El hombre en diferentes etapas de la historia pensó que tenía algunos derechos básicos, pero lo eran como derechos “estamentales”, propios de los estamentos, de los “estados” en los que la sociedad estaba estratificada. La sociedad ya sea abierta o veladamente ha estado estructurada en un orden jerárquico injusto, de *status* sociales desiguales, que se basaba únicamente en el principio de la acepción de personas. Sin embargo, el Medioevo, por ejemplo, no ignoraba que todos los seres humanos, incluso más allá de su *status* social, participaban de un orden ético natural que se basaba en principios que se remontan al estoicismo antiguo que descubrió la unidad universal de todos los hombres y en el cristianismo: la igualdad de todos los hombres ante Dios, la dignidad de la persona humana, sus deberes sociales, entre otros fueron el fermento para el desarrollo, a través del **iusnaturalismo** medieval, de lo que hoy entendemos por derechos humanos.

3. **Los derechos fundamentales**. Los derechos fundamentales son aquellas disposiciones incluidas en el ordenamiento jurídico positivo. Se trata siempre, por tanto, de normas que protegen derechos humanos, cuya denominación evoca su papel fundamental o más bien formador del sistema jurídico político de los Estados de Derecho; porque los derechos fundamentales lo

son en cuanto que son derechos constitucionales, esto es, en cuanto que su efectividad no depende absolutamente de la ley²⁴⁶. Son verdaderos principios jurídicos que informan e inspiran tanto la labor del legislador como la del juzgador. Son principios jurídicos constitucionales no derechos humanos.

2.6. EL ESTADO DE DERECHO

En la doctrina de los derechos naturales que nacen con los hombres y cuyo origen es la dignidad de los mismos, se dice que es necesario protegerlos por ser el centro de toda organización social.

El Estado liberal desarrolla el proceso de racionalización de la organización estatal y surge la doctrina de la división de poderes, la cual, con Montesquieu, expresa que cada función capital del Estado (legislativa, ejecutiva y judicial) ha de tener un titular distinto (poderes). Los poderes se vinculan recíprocamente mediante un sistema de correctivos y de vetos; esta teoría se caracteriza por ser medio racional al servicio de la libertad y fue recogida en las Constituciones de los Estados modernos.

El Estado de Derecho es una garantía fundamental para todo individuo perteneciente a la sociedad actual, en la que; el hecho de que la organización política exija una peculiar capacidad de decisión, de que exija normas comunes universal y casi automáticamente obedecidas en una forma que no es necesaria en las demás asociaciones, es lo que hace que se hable de soberanía como característica del Estado o inherente al gobierno.²⁴⁷ Y en el principio de la soberanía de la constitución, podemos encontrar una solución para todas las dificultades con que tropezó la teoría antigua al encontrarse con la división de poderes y los gobiernos federales. Las personas determinadas que declaran, hacen o ejecutan las leyes, pueden ser varias y no necesitan constituir un cuerpo, siempre que sus lugares y atribuciones se hallen establecidos en la constitución y

²⁴⁶ Carbonell, Miguel, op. cit., p. 162.

²⁴⁷ Lindsay, A. D., op. cit., p. 304.

que esta delimite sus esferas respectivas de acción y establezca el procedimiento para zanjar los conflictos entre ellas. La constitución conserva la unidad, indivisibilidad y supremacía que la teoría ha sostenido siempre como características de la esencia de la soberanía.²⁴⁸ Con esto desfallece el argumento positivista que define la esencia de las normas jurídicas como mandatos pues el respeto por el orden jurídico es anterior a la obediencia de las personas y en consecuencia a las leyes en cuanto mandatos... El moderno Estado constitucional... en cierto sentido, ha vuelto a la concepción medieval de que la aceptación del derecho es la base del Estado, pero con esta importante diferencia: su forma fundamental no es un código o ley natural, sino una constitución²⁴⁹, un conjunto claro, determinado y sistematizado de principios jurídicos y de normas programáticas adecuados a la realidad histórica de una sociedad. Este concepto surge frente al Estado autoritario, partiendo de la base de renunciar a preocuparse por la felicidad y el bienestar de los ciudadanos, para limitarse a garantizar la libertad del despliegue vital de cada cual, misión agotada en la positivización y mantenimiento del orden jurídico. El Estado es un ente real que, como no se puede percibir por los sentidos, es abstracto, compuesto por un conjunto de órganos, posee personalidad jurídica propia, con una población compuesta por nacionales y extranjeros que le proporciona realidad, establecida en un territorio y sujeta a un poder de mando público y soberano que está limitado y dirigido por el del ordenamiento jurídico y cuya obligación es aplicar dicho ordenamiento en todos los ámbitos sociales con miras a cumplir el bien común temporal, eliminando, con esto la voluntad arbitraria de unos cuantos. Kelsen identifica Estado y Derecho, diciendo que Estado de Derecho es un Estado cuyos actos son realizados en su totalidad sobre la base del orden jurídico teniendo con esto una visión parcial de lo que es el Estado puesto que no considera la influencia determinante que otros factores reales pertenecientes a otros elementos del Estado, ejercen en el desenvolvimiento del orden social. De ahí que se presente el

²⁴⁸ Lindsay, A. D., op. cit., p. 323.

²⁴⁹Lindsay, A. D., op. cit., p. 324.

problema que, lo que sea Estado de Derecho, depende de lo que se entienda como Derecho.

En situaciones excepcionales como el estado de guerra la estructura jurídica del Estado de Derecho tiene una vigencia condicionada por la normalidad de su cumplimiento, por lo que ante un caso excepcional, que respetando la generalidad del ordenamiento jurídico, enfrentan aquellas situaciones, como sucede con los decretos de necesidad y atribuciones del Presidente, así como el estado de guerra, que no es una dictadura (magistratura excepcional y extraordinaria), sino una situación que suspende parcialmente la constitución, a fin de salvarla como totalidad, cuya duración está rigurosamente condicionada por su objetivo.

Como caso de variación al imperio del orden jurídico, que normalmente se presenta en un Estado de derecho, se llegan a presentar diferentes situaciones que se deben enfrentar desde una óptica jurídica mediante la ponderación de principios. Un ejemplo de variación es el estado de guerra; que es una situación anormal, una situación de guerra o de plaza asediada convertida en una institución jurídica cuyo objeto es restablecer la paz pública y con ella, el imperio del ordenamiento jurídico, en la que se suspenden temporalmente ciertos derechos y garantías. Otras medidas, son el estado de urgencia, de necesidad, de prevención y de alarma.

A la Constitución se le ha llegado a considerar, principalmente en Europa, como un ordenamiento jurídico normativo al cual se deben someter todos los poderes públicos y todas las normas jurídicas contenidas en ordenamientos jurídicos de grados diversos, por medio de un largo proceso histórico cuyo comienzo lo encontramos en el siglo XIX con la creación de los primeros tribunales constitucionales, esto es; “la consideración de la Constitución como norma suprema del ordenamiento y , en consecuencia, el entendimiento del Estado de derecho como el sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución y , bajo ella, a las demás normas jurídicas”²⁵⁰. En un principio los preceptos constitucionales no llegaron a vincular todos los poderes públicos, pero en

²⁵⁰ Carbonell, Miguel, op. cit., p. 152.

nuestros días, se ha logrado que los tribunales constitucionales administren justicia en cualquier ámbito social, de manera independiente haciendo valer los derechos consignados o protegidos por la Constitución. Cuando se entendió que la constitución estaba formada por verdaderas normas jurídicas protectoras principalmente de derechos humanos, las cuales no eran solamente una fuente de creación de ordenamientos jurídicos o leyes, se fue concibiendo el Estado de Derecho como un estado constitucional de derecho en el cual las leyes u ordenamientos jurídicos no deberían contravenir los preceptos constitucionales por el menoscabo que con esto provocaría a los derechos humanos. Las leyes u ordenamientos jurídicos tienen la finalidad de desarrollar y precisar los preceptos constitucionales para facilitar su interpretación, por lo cual no pueden violar dichos preceptos por ser superiores tanto en grado como en cualidad, lo que implica un nuevo modo de concebir el Estado de derecho, que pasa a ser un Estado de “derechos”; y un nuevo modo de entender el derecho mismo, que ya no puede captarse bajo el método positivista. Los derechos valen hoy independientemente de la ley. Para interpretar y aplicar los derechos no sirve la ciencia *iuris*, sino que se precisa de *la iuris prudentia*, capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa a través del principio de proporcionalidad²⁵¹ que orienta la actividad ponderativa del juzgador. Pero no todo quedó en la generalidad de la Constitución ni en la de la ley u ordenamiento jurídico, sino que se tuvo que concretizar mediante la actividad jurisdiccional puesto que los derechos humanos y los principios constitucionales (también conocidos como derechos fundamentales), no son lo mismo, los derechos humanos son concretos, se protegen en la práctica mediante la actividad de los jueces, mientras que las normas constitucionales son abstractas y plantean en lo general deberes de justicia. No basta legislar e interpretar hace falta aplicar por lo cual nos dice Manuel Aragón, siguiendo el pensamiento de Robert Alexy; La pertinencia, e incluso la bondad, del desarrollo de los derechos fundamentales por parte del legislador no significa desconocer la diferencia que existe entre la

²⁵¹ Carbonell, Miguel, Ídem.

definición de los derechos y su “concreción” y por lo mismo, el distinto papel que la jurisdicción y la ley juegan en uno y otro supuesto. Es cierto como ha dicho Alexy que lo que hoy sean los derechos fundamentales enunciados por la Constitución es definido, esencialmente, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha ido concretando al amplio margen de posibilidades interpretativas que los enunciados constitucionales ofrecen.²⁵² Actualmente el Estado de derecho principalmente se resguarda mediante la actividad jurisdiccional, que desde su perspectiva resuelve conflictos concretos y abstractos²⁵³ partiendo de “dos jurisdicciones separadas”²⁵⁴ que han evolucionado, se han coordinado y que han delimitado el alcance de su actividad, hasta llegar a establecer un segundo modelo basado en dos jurisdicciones conectadas,²⁵⁵ debido a que se ha reconocido la necesidad subsiguiente de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la constitución²⁵⁶. Estos dos modelos de jurisdicción son; la ordinaria y la especial,²⁵⁷ la primera ejercida de manera difusa por todos los juzgados y tribunales integrantes de la organización del Poder Judicial²⁵⁸; jueces que se limitan a aplicar el ordenamiento jurídico y en la segunda que está concentrada en un solo órgano, el Tribunal Constitucional²⁵⁹ que aplica la Constitución y regula la constitucionalidad de los ordenamientos jurídicos. En un principio estaban estrictamente separadas, pero después de la segunda guerra mundial, inspirados por el modelo de constitución estadounidense, los europeos comenzaron a considerar que la constitución, por tener normas jurídicas supremas tanto por razón de grado como de cualidad, vinculaba a todos los poderes estatales por

²⁵² *Ibidem.*, p. 165.

²⁵³ En este punto me refiero a la acción de inconstitucionalidad, en la cual no existe conflicto de intereses entre partes, es decir controversia concreta.

²⁵⁴ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 153.

²⁵⁵ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, *Ídem.*

²⁵⁶ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 154

²⁵⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, *Ídem.*

²⁵⁸ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, *Ídem.*

²⁵⁹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, *Ídem.*

medio de las dos jurisdicciones, pero que a diferencia de lo que ocurría en el modelo positivista de principios de siglo, ambas aplicarían la ley y la constitución interpretando la primera a la luz de la segunda haciendo posible la supremacía jurídica de la constitución en todos los ámbitos del ordenamiento sin que se rompiera, con esto, el principio de sumisión de los jueces a la ley; esto es, se hace posible que los jueces estén sometidos, al mismo tiempo, a la constitución y a la ley.²⁶⁰ Así pues, si un juez ordinario no considera constitucional una ley u ordenamiento jurídico no está obligado a aplicarlo en algún sentido que provoque una aplicación injusta o absurda, lo contrario causa una serie de inconvenientes prácticos en el momento de decidir casos concretos, pues puede llevar a los jueces a desligarse de la realidad concreta y del verdadero sentido constitucional que determina el sentido legal, lo que se confirma por lo dicho por Alexy; El control de la constitucionalidad es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a, o en contra de- la legislación parlamentaria. Su base lógica es el principio de contradicción.²⁶¹ No se contraponen el sentido correcto del ordenamiento jurídico o ley por el sometimiento de juez ordinario a la constitución Esta posición no debe conducir a los jueces a dejar a los gobernados en un estado de inseguridad jurídica y de falta de igualdad pues exige en ellos la habilidad interpretativa para coordinar, en sus resoluciones, el principio de seguridad jurídica y el de legalidad con los demás principios, especialmente con el de justicia y equidad por ser aquellos principios que suelen colisionar con más frecuencia en la labor judicial. Este modelo de jurisdicciones exige que los jueces ordinarios, sean capaces de proteger directamente, sin violar los principios de legalidad y seguridad jurídica los derechos humanos. Como los derechos humanos valen independientemente del ordenamiento jurídico y este en última instancia a se ordena a protegerlos, le debe (a dicho ordenamiento o ley) atemperar o interpretar con prudencia para así, lograr tanto mayor cantidad de decisiones justas y equitativas. Los jueces ordinarios no pueden invalidar una ley u

²⁶⁰ Carbonell, Miguel, op. cit., p. 155.

²⁶¹ Alexy, Robert e Ibáñez Perfecto Andrés, op. cit., p.11.

ordenamiento declarándolo inconstitucional *erga omnes* pues esto compete a la jurisdicción especial mejor conocido como tribunal constitucional, el cual debe ser el principal intérprete-aplicador de la constitución y por lo tanto es su obligación ser el tribunal más capaz, responsable y transparente por la discrecionalidad que el ejercicio de su función conlleva.

En un Estado democrático como el nuestro, el principio de legalidad es básico y por lo tanto los jueces ordinarios (tribunales locales de primera instancia) y no nuestros tribunales federales (Tribunales Colegiados de Circuito o Tribunales Unitarios de Circuito) ni nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, deben ser los órganos del Estado que normalmente interpreten y apliquen los ordenamientos jurídicos, pero teniendo como centro de sus decisiones la persona humana y sus derechos humanos, para lo cual deben tener la capacidad para apoyarse en los principios jurídicos, preferentemente en los constitucionales. La prudencia y no una mecánica legalista será el mejor criterio para administrar justicia y así conservar nuestro Estado de Derecho en constante perfeccionamiento, entendiendo que eso implica mayores dificultades ante la democratización del Estado Mexicano y su creciente diversidad (pluralidad). La necesidad creciente de acudir ante los tribunales exige de los juzgadores el conocimiento y capacidad ponderativa de principios y argumentativa desde principios, para lograr una conveniente protección de los derechos humanos desde el ordenamiento jurídico o ley ya sea en la jurisdicción ordinaria o en la espacial. Proteger los derechos humanos de los mexicanos, por parte de los jueces, debe ser la finalidad primordial del sistema de administración de justicia en un Estado de derecho como el nuestro.

2.7. LA LEGITIMIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL

El teórico del derecho discute, desde su perspectiva, algunos puntos fundamentales de lo jurídico, intentando establecer razones en lo referente a los problemas derivados de la administración de justicia y del comportamiento de los

jueces. Así ocurre, por ejemplo, con el tema de la independencia y la autonomía del Poder Judicial, con el tema del estatuto jurídico del personal al servicio de la justicia, o con el de la responsabilidad por su actuación profesional. Todos ellos – que pertenecen en principio al ámbito de competencias del constitucionalista- pueden ser abordados por el filósofo del derecho partiendo del comportamiento humano en el desempeño de la función judicial, de la validez intrínseca de las normas jurídicas y del alcance del precepto de la sumisión del juez al ordenamiento jurídico. De igual modo, la forma del proceso y sus garantías específicas, e incluso la misma formulación de la sentencia –temas eminentemente procesales-, reciben su más pleno sentido previa discusión en torno a los problemas de las condiciones históricas imperantes en un lugar determinado y del hallazgo de la normatividad aplicable al caso concreto. El porqué de una determinada organización y la justificación de una forma u otra de proceder en la decisión de los conflictos, son temas que, en parte, determinan la legitimidad de una decisión judicial.

El problema del poder de los jueces y del abuso que se puede hacer de éste en la resolución de casos, puede ser estudiado a partir de la legitimidad del Poder Judicial que es un problema multifacético. Cualquier aspecto que se considere del Poder Judicial, tanto en su organización como en su ejercicio, parece confluir en la cuestión de su legitimidad. En esto último consiste precisamente, desde mi perspectiva la legitimidad de las decisiones judiciales; en la existencia de razones y argumentos por los cuales existe una institución o una norma –también la conducta que bajo ellas se desarrolla- merecen reconocimiento.²⁶² Por lo que se puede afirmar contundentemente que la legitimidad de la labor judicial se puede encontrar en tres temas principales; la ética judicial, en los argumentos que apoyen las decisiones de los jueces y en el marco institucional en el que desarrollan dichos jueces su labor. La ética judicial ya se abordó en los capítulos precedentes, por lo cual, en los siguientes, me limitaré a estudiar algunas cuestiones que pueden ser útiles al juzgador para apoyar sus decisiones. Mi

²⁶² Habermás, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Taurus, 1981, pp. 243 y ss.

intención es tratar este tema de una manera breve, desde una perspectiva filosófica y que por lo tanto sea anterior a su posible tratamiento jurídico-constitucional o jurídico-procesal. En primer lugar, se tiene que aclarar lo que el juez hace cuando realiza su función profesional, es decir, el proceso de toma de decisiones bajo la determinación de un orden jurídico vinculante, en segundo lugar con relación al tema central que me ocupa, localizar qué función desempeñan los principios jurídicos y en qué momento de la decisión son útiles y en tercer lugar, cual es el marco institucional que permite que las decisiones judiciales sean legítimas. La legitimidad de la función se basa tanto en la validez intrínseca de la normatividad misma y su correcta interpretación y aplicación, como en las garantías de la posición institucional del juez y de los recursos instrumentales y procedimentales²⁶³ de que dispone para hallar la solución del caso concreto. Los principios jurídicos se insertan en el aspecto referente a la validez intrínseca de la normatividad y su interpretación, por eso considero que, dichos principios están vinculados con la legitimidad de la decisión judicial. Pero, ¿En qué momento de la decisión aparecen, o son funcionales?

La terminación normal de un proceso conduce al juzgador a pronunciar la sentencia sobre el litigio sometido a proceso. Una vez que las partes han formulado sus pretensiones y en su caso sus negaciones y excepciones (en la fase expositiva); que han aportado los medios que consideraron pertinentes para verificar (en la fase probatoria) los hechos sobre los cuales trataron de fundar sus respectivas actitudes; y que formularon sus conclusiones (en la fase de alegatos), corresponde al juzgador, ahora, expresar en la sentencia su decisión sobre el conflicto.²⁶⁴ Entonces la decisión judicial, que se gestó racionalmente durante el proceso, parece que cierra la discusión y se expresa, generalmente, en la sentencia como un silogismo, en la cual el juez queda solo separando en lo

²⁶³ No trataré estos temas procesales debido a que la perspectiva en la que estoy situado es la filosófica.

²⁶⁴ Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil.*, 9ª. Edición, México, Oxford, 2006, p. 196

posible, la mentira de la verdad²⁶⁵. El juez se introduce en un debate que tiene como eje central el razonamiento cuya marca esencial es el argumento que “es un conjunto de razones que sustentan una opinión o un juicio”²⁶⁶ y con esto la elección de argumentos y la argumentación misma que consiste en “ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión”²⁶⁷, razones que demostraran la aceptabilidad de los argumentos, por eso dice Luis Villar Borda que; el debate judicial y la lógica jurídica se refieren... a la elección de premisas que se encuentran mejor motivadas y que suscitan menos objeciones. El papel de la lógica formal es hacer que la solución sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas²⁶⁸. En este momento, como en otros, los principios jurídicos son indispensables ya que, son normas que llaman la atención del juzgador para que elija o no una norma aplicable en una situación concreta pues, a la luz de un principio jurídico puede ubicarse y relacionarse tanto una situación de hecho como de derecho. También como se verá después, ayudan a determinar el alcance de las normas jurídicas particulares o reglas. En un silogismo de dos o más premisas surge necesariamente una conclusión pero en una decisión judicial no, puesto que no es algo mecánico sino prudencial y por lo tanto complejo como todo lo humano, en lo cual, influyen datos jurídicos, valores, actitudes, ideologías y creencias que suponen el despliegue armónico de las facultades del juez para poder elegir lo más probable, con la mayor objetividad posible y con eso, tratar de determinar la solución más apropiada al caso concreto. Lo que pasa es que, la lógica jurídica, especialmente la judicial... se presenta, en conclusión, no como una lógica formal sino como una argumentación, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento

²⁶⁵ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, (Traducción: Enrique Figueroa Alfonso), vol. 4, México, Biblioteca Clásicos del Derecho-Harla, 1994, p. 139-140.

²⁶⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p.195.

²⁶⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 183.

²⁶⁸ Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, (Traductor: Luis Villar Borda), Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 24.

en la sociedad²⁶⁹ Aparentemente la sentencia se expresa en forma de silogismo, pero la decisión se presenta como un conjunto de razones referentes a lo probable, la decisión no se forma como la sentencia (lo cual parece contradictorio) sino que, por la decisión; los jueces intentan, aún en casos difíciles, decidir con base en motivos jurídicos y dar una fundamentación jurídica racional, o cuando menos deben hacerlo así. Ellos reivindican la aspiración a que su decisión, si no la única correcta, es no obstante correcta.²⁷⁰ Es claro que la finalidad de quien imparte justicia, es darle a cada parte los derechos que le corresponden, imponer las obligaciones correlativas en un entorno humano y por lo tanto circunstancial, sin contradecir los valores propios del sistema ni su congruencia interna, proteger la dignidad humana y conservar el orden social mediante una serie de actos intelectuales y materiales que formarán una decisión que desembocará, para su comprobación en la sentencia. Nos dice Carnelutti que el silogismo decisorio... está no al inicio sino a la conclusión de un trabajo, el cual pide a la razón la comprobación,²⁷¹ por lo que lo último en la formación de la decisión judicial es la sentencia y que lo primero es la emisión de un juicio para el cual se requiere buen sentido²⁷² acerca de un hecho, siendo esto, necesariamente anterior al raciocinio que dicho juez pudiera realizar. Continúa el ilustre jurista diciendo que las primeras impresiones o hipótesis de trabajo son necesarias y es el punto de partida sobre el cual se razonara²⁷³. Por lo cual nos dice Alexy que sobre el punto de partida, “sólo puede decidirse con base en argumentos”.²⁷⁴ Pero, si se asegura que la decisión no se forma con silogismos deductivos pero sí con argumentos y que solo la sentencia se expresa en forma de silogismo deductivo, ¿Con qué clase de argumentos se forma la decisión?, ¿Se descarta absolutamente el silogismo fuera de la sentencia?, ¿Las sentencias deben ser presentadas como silogismos

²⁶⁹ Alexy, Robert, op. cit., p.25.

²⁷⁰ Alexy, Robert, op. cit., p. 39

²⁷¹ Carnelutti, Francesco, op. cit., p. 139.

²⁷² Carnelutti, Francesco, op. cit., p. 138.

²⁷³ Carnelutti, Francesco, Ídem.

²⁷⁴ Alexy, Robert, op. cit., p. 41.

deductivos? Como dice el maestro Ovalle no se trata de prejuzgar sobre la veracidad de los hechos, sino de suponer que ciertos hechos son trascendentes y que sus consecuencias jurídicas son posibles de acuerdo con el ordenamiento jurídico,²⁷⁵ para lo cual se necesita tanto buen sentido como sentido común²⁷⁶. En este particular los principios jurídicos proporcionan un criterio panorámico y al mismo tiempo simple que permite al juez enfrentar los conflictos con agudeza y sin prejuicios. La sentencia no es la decisión pues “decidir no es deducir”²⁷⁷ es querer después de interpretar y argumentar, la sentencia es un acto que razona y comprueba la decisión y que debe estar justificado con argumentos para que se complete una parte (la que corrobora) de la decisión. En otras palabras se puede asegurar que la sentencia es un acto de decisión que corrobora y justifica la decisión. Es cuando el juzgador razona y apoya su decisión en argumentos jurídicos cuando produce un razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente y puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular. Esta inferencia muestra que la decisión de aplicar esas consecuencias a este caso particular está jurídicamente justificada²⁷⁸; lo que es confirmado más adelante por MacCormick; lo que está lógicamente implicado por las premisas de un argumento correcto es el contenido de un posible acto de decisión y de esta manera se dirá que este acto de decidir, una vez realizado, está justificado por las premisas del argumento.²⁷⁹ Los principios jurídicos, por su alcance, ayudan al juzgador a argumentar con claridad sus decisiones vinculando las dimensiones normativas, fácticas e

²⁷⁵ Ovalle Favela, José, op. cit., p.196

²⁷⁶ Carnelutti, Francesco, op. cit., p.138

²⁷⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Introducción a la retórica y la argumentación*, 4ª. Edición, México, 2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Citando a MacCormick, p. 130.

²⁷⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p.129.

²⁷⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p.130.

ideales,²⁸⁰ que se dan en cada caso concreto por lo cual, dicho funcionario, ejerce su labor jurisdiccional democráticamente actualizando su presencia representativa. Desde mi punto de vista, en la sentencia debe quedar reflejado el proceso decisorio mediante argumentos jurídicos no mediante silogismos deductivos, pues, aunque la formalidad de la sentencia exija cierto el rigor o apariencia deductiva, el juzgador debe transmitir con la mayor fidelidad el itinerario descriptivo, el recorrido por el que se determinó que derecho es de cada quién. Aunque parezca que los argumentos son deductivos, -desde mi punto de vista no lo son o por lo menos no lo deben ser- y por lo mismo, es importante aclarar la diferencia de este tipo de argumentos con el que debe usarse en el ámbito jurídico. En el ámbito jurídico se le conoce al razonamiento como entimema, que es una clase de silogismo retórico, la esencia del entimema es que sus premisas son solo probables, verosímiles, o constituyen simples ejemplos, la diferencia con los silogismos de tipo analítico es, en este punto, esencial ya que en éstos se parte de premisas necesarias, no contingentes.²⁸¹ La razón de que el entimema sea usado en el ámbito jurídico radica en que los asuntos que se presentan ante el jurista implican incertidumbre circunstancial y por lo tanto, complican la actividad razonadora del juzgador, lo que inhabilita los razonamientos deductivos en el desempeño de su labor argumentativa.

Opino que la decisión exige el despliegue intelectual y volitivo en el juez para lo cual necesariamente se regresa al plano ético en lo que se refiere al desarrollo de la virtud de la prudencia y de la justicia. La decisión es un acto volitivo esencialmente electivo, que se facilita por el desarrollo de la virtud de la justicia, pero que presupone la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general²⁸² que es esencialmente deliberativo y que se facilita con la virtud de la prudencia. Y es que la decisión elige un modo o conjunto de acciones concretas que tienden a la protección o devolución de un bien jurídico al que la

²⁸⁰ Cfr. Alexy, Robert e Ibáñez Perfecto Andrés, op. cit., p. 15.

²⁸¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Introducción a la retórica y la argumentación*, Citando a MacCormick, op. cit., p.132.

²⁸² Alexy, Robert, op. cit., p. 59.

razón práctica llegó deliberando, por eso dice Aristóteles que: el objeto de la deliberación y el de la elección es el mismo, salvo que el de la elección es algo ya determinado, puesto que lo juzgado por la deliberación es lo que se elige. Todo el que indaga como ha de obrar, cesa en esta operación cuando refiere a sí mismo el principio de la acción y más concretamente a la parte gubernativa del alma, que es la que elige... Así pues, siendo lo elegible algo que, estando en nuestra mano, apetecemos después de haber deliberado, la elección podría ser el apetito deliberado de las cosas que dependen de nosotros, toda vez que por el juicio que formamos después de haber deliberado, apetecemos algo conforme a la deliberación.²⁸³ En este orden de ideas hace falta hacer alusión al problema contextual en el cuál, por las circunstancias históricas, se debe dar la decisión judicial. Evidentemente, este es un problema que nos viene en gran medida resuelto por una opción política fundamental reflejada en la mayoría de las Constituciones de los Estados de Derecho actuales. El modelo de legitimidad es el democrático y se basa en principios o derechos fundamentales. Sin embargo, esta opción por la democracia como forma legítima de ejercer el poder no resuelve todos los problemas mientras no se encuentre un vínculo firme con algún elemento objetivo, aunque tenga el efecto de descartar radicalmente otras formas de legitimidad. Lo que sucede es que la democracia puede tocar extremos, desembocando en un relativismo que excluya las decisiones de autoridad que administren justicia, o en un autoritarismo que decida arbitrariamente, sin exponer razones. Hay distintas maneras de entender y concretar la democracia y en este sentido Alexy, después de plantear el centro del problema, nos aclara la estrecha relación que existe entre la democracia y la justificación de las decisiones judiciales a través de la argumentación judicial; Por regla general, los jueces de los tribunales constitucionales no cuentan con legitimación democrática directa; lo que quiere decir que, normalmente, el pueblo no tiene la posibilidad de controlarles negándoles la reelección. ¿Es esto compatible con la democracia? La única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia, es

²⁸³ Aristóteles, op. cit., Libro III, cap. III p. 33.

considerando que aquél es también una forma de representación... El concepto de representación argumentativa es la clave para solucionar los anteriores problemas y por consiguiente, también es central para solucionar el problema general del control de constitucionalidad. La representación consiste en una relación de dos partes, entre los *repraesentandum* y los *repraesentans*. En el caso de la legislación parlamentaria, la relación entre *repraesentandum* –el pueblo- y los *repraesentans* –el parlamento- está esencialmente determinado por las elecciones. Ahora bien, sería posible dibujar un esquema democrático que comprenda exclusivamente un sistema de toma de decisiones centrado en los conceptos de elecciones y de toma de mayoría. Se trataría de un modelo de democracia puramente basado en la decisión. Sin embargo, un modelo adecuado debe incluir no sólo decisión sino también argumentación. Al incluir en el concepto de democracia la idea de argumentación, la democracia se torna en deliberativa. La democracia deliberativa es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones, tanto como sea posible... El hecho de que la representación parlamentaria sea al mismo tiempo volitiva y discursiva demuestra que la argumentación y la representación no son incompatibles... La representación incluye, desde luego elementos de ambas ideas; la representación es necesariamente normativa y real pero estos elementos no agotan el concepto. La representación expresa necesariamente una pretensión de corrección. Por lo tanto, un concepto de representación bien definido deberá contener una dimensión ideal que relacione la decisión con el discurso. En consecuencia, la representación ha de ser definida como la conexión de dimensiones normativas, fácticas e ideales... El control de constitucionalidad solo puede tener éxito si los argumentos presentados por el tribunal constitucional son razonables y si un número suficiente de miembros de la comunidad son capaces de ejercitar sus capacidades racionales y deseen hacerlo. Si estas dos condiciones se cumplen, la respuesta a la pregunta anteriormente formulada sobre porque la argumentación

representativa debería tener prioridad sobre la representación basada en elecciones y reelecciones ya no representa dificultad alguna.²⁸⁴

Pero en el Estado decisionista-positivista la legitimidad judicial se da por supuesta y por lo tanto queda reducida a una cuestión formal, instrumental y mecánica. Por otro lado la ideología democrática solo acepta alguna decisión porque proviene de la multitud y no porque está suficientemente argumentada. La función judicial es legítima cuando demuestra ser un medio adecuado para el fin contenido en las normas jurídicas: la justicia, dando a cada quién lo que le corresponde en el contexto de las relaciones humanas y en pro del bien común.

La cultura jurídica debe tender a limitar el ejercicio del poder mediante la argumentación bien fundamentada en normas jurídicas que brinden, en la vida diaria, protección a los derechos humanos. Un proceso público, controvertido y reglamentado contribuye a garantizar la imparcialidad y exige del que juzga decisiones claramente argumentadas, objetivas e imparciales. En la argumentación, los jueces tienen un apoyo objetivo y universalmente aceptado en los principios generales del Derecho y cuya utilidad se acepta en casi todo el mundo. Se debe recurrir a ellos para aumentar la legitimidad de la actuación judicial. Así pues, ¿Cómo puede evitarse la subjetividad del juzgador?, todo ser humano puede equivocarse al decidir sobre alguna realidad concreta; en el caso del juez para evitar el error sobre la elección de las normas aplicables debe argumentar con la base o por lo menos la orientación de los principios jurídicos ¿Qué puede guiarlo, además del ordenamiento jurídico, si al interpretar las normas que lo componen se ve envuelto en un círculo hermenéutico vicioso en el que lleva consigo una concepción incongruente previa, del sentido que conlleva la unidad de nuestro Sistema Jurídico en la búsqueda de la solución del caso concreto?; en pocas palabras considero importante saber qué puede ayudar a legitimar la actividad judicial en relación con el criterio necesario para elegir, con más precisión las normas jurídicas aplicables al caso concreto.

²⁸⁴ Alexy, Robert, op. cit., pp. 13, 14, 15 y 17.

En la búsqueda de criterios de legitimidad se llega a encontrar en los principios jurídicos normas que pueden convertirse, según sea el caso, en diferentes clases de argumentos jurídicos²⁸⁵: Pueden ser argumentos lingüísticos²⁸⁶ que aportan claridad al lenguaje jurídico procesal y que permiten un desarrollo jurídico contra el tenor literal de la norma jurídica particular²⁸⁷; también pueden ser, si así se requiere y es factible, argumentos genéticos²⁸⁸, puesto que, siendo los principios, inspiradores del orden jurídico vigente pueden ayudar a desentrañar la voluntad real del legislador histórico²⁸⁹; como ya se había mencionado con otras palabras, pueden ser argumentos sistemáticos²⁹⁰, debido a que, los principios jurídicos proporcionan unidad y coherencia a cualquier sistema jurídico, desde ellos se puede percibir la estructura interna del ordenamiento jurídico y por lo tanto, se activa el verdadero núcleo del pensamiento transmitido en el modelo de coherencia²⁹¹ y en este sentido, si se hace referencia a los estados constitucionales democráticos los argumentos de principio se apoyan esencialmente en los preceptos constitucionales;²⁹² los principios jurídicos tienen la capacidad de ser argumentos prácticos generales²⁹³ y pueden dividirse en argumentos teleológicos y deontológicos.²⁹⁴ Como argumentos teleológicos se orientan a los efectos de una interpretación y se apoyan en último término en una idea de lo bueno.²⁹⁵ Como argumentos deontológicos hacen valer lo que independientemente de las consecuencias, es justo o injusto.²⁹⁶ Siguiendo la

²⁸⁵ Alexy, Robert, op. cit., p. 54.

²⁸⁶ Alexy, Robert, op. cit., p. 55.

²⁸⁷ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

²⁸⁸ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

²⁸⁹ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

²⁹⁰ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

²⁹¹ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

²⁹² Alexy, Robert, op. cit., p. 56.

²⁹³ Alexy, Robert, op. cit., p. 57.

²⁹⁴ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

²⁹⁵ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

²⁹⁶ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

exposición de Alexy sobre los argumentos y entendiendo la riqueza y la capacidad funcional de los principios jurídicos se desprende la fuerza de los mismos en la correcta formación de la decisión judicial. Los principios como argumentos lingüísticos, genéticos y sistemáticos se afianzan directa o indirectamente en la autoridad del derecho positivo. Son por esto argumentos institucionales.²⁹⁷ Como argumentos prácticos generales derivan al contrario su fuerza sólo de la corrección de su contenido. Por eso son argumentos sustanciales²⁹⁸ Pues bien, si de lo que se trata es de hallar la solución conveniente a dicho problema y el ordenamiento jurídico vigente no ofrece todos los criterios de solución, u ofrece criterios concurrentes, o no del todo convincentes, lo más natural es intentar persuadir al juez de que recurra a los principios generales del derecho formulados como criterios de corrección, puesto que, contienen una riqueza normativa y una capacidad directiva inagotable. Éste es el camino que parece apropiado según la tradición que siempre había visto conveniente recurrir a los principios como argumentos sólidos y de gran alcance, compatibles con la primacía constitucional, con los principios de legalidad y de seguridad jurídica y con la defensa de los derechos naturales o derechos humanos.

Ahora bien, en cualquier caso los principios ofrecen una solución de carácter ético-jurídico al problema de la deficiencia de legitimidad que constantemente aparece en nuestro Sistema Jurídico.

En efecto, el ordenamiento jurídico en su congruencia interna –desde lo más general hasta lo más particular- contiene todo lo que el deber ético del juez puede demandar para una solución justa del caso. En nuestro ordenamiento jurídico, los jueces no solamente pueden acudir a los principios constitucionales y a los demás principios generales, sino que deberían estar obligados a hacerlo, tanto por la validez y aplicación justa de nuestra Carta magna como por su carácter de criterio

²⁹⁷ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

²⁹⁸ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

interpretativo de las demás normas, según el artículo 5º, párrafo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Es inexcusable la necesidad de garantizar y potenciar las posibilidades de crítica de las resoluciones judiciales en el ámbito de la opinión pública. La correcta argumentación de las decisiones judiciales, su apego a ordenamiento jurídico, a la constitución y su apoyo en los principios generales del Derecho debe estar complementado por la transparencia e institucionalidad de las mismas para que la sociedad en general y los estudiosos del Derecho en particular, las critiquen constructivamente propiciando con esto, que cada día los jueces se esfuercen por mejorar sus resoluciones haciéndolas más congruentes y claras. Aunque se realice *a posteriori*, la crítica de las sentencias es un medio de participación y de control de las mismas, que contribuye a hacerlas progresivamente más aceptables, más merecedoras de reconocimiento, o por lo menos más fundamentadas. En lo que a los siguientes apartados de la presente investigación corresponde, se debe plantear la cuestión de sí la labor judicial puede orientarse por ciertas prescripciones en sí mismas validas y en todo lugar aceptadas –de carácter ético y jurídico- conocidas como principios generales del Derecho, que puede o que debe utilizar el juez. Tiene que preguntarse, finalmente, por el margen de discrecionalidad que posee y por las implicaciones éticas y políticas de su actuación.²⁹⁹ Con lo cual trataré de corroborar las afirmaciones puestas en este apartado.

2.8. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Al redactar sus textos, el legislador parte de un conjunto de signos y reglas lingüísticas, derechos y principios, realidades sociales, científicas –vida, propiedad, persona, sanción, inflación, entre otras- que después conecta lógicamente para dar forma al texto normativo. En esta labor creativa, el legislador ordena (o pretende ordenar) de modo sistemático su discurso legislativo y ese

²⁹⁹Cfr. Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.

orden debe ser tomado en cuenta en la interpretación jurídica³⁰⁰ realizada por el juzgador, en cada conflicto concreto. El espacio que separa el texto de las ideas, realidades y aspiraciones que causaron los conceptos y sus relaciones, se aprecia mejor cuando se recorre el camino inverso; es decir, cuando se pasa de la norma a su aplicación, para lo cual, el texto normativo que es lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio del lenguaje... y no solo sucede esto con relación a la interpretación, sino con las normas mismas, así, se ha dicho que: La lingüística de las normas ha sido defendida con insistencia por la filosofía analítica. Fue claramente explicada por Norberto Bobbio, para quién las normas son proposiciones prescriptivas, son entidades lingüísticas prescriptivas. Toda norma, dice Bobbio, posee una estructura lingüística que puede ser llenada con los más diversos contenidos³⁰¹, lo que implica que puede ser incompleta o limitada con relación a la realidad pues, como dice Alexy; las normas contienen pocos rasgos; los hechos potencialmente, una infinidad.³⁰² La complejidad inabarcable de lo real exige una reelaboración permanente de los textos normativos, de tal manera que éstos se presentan no sólo como algo incompleto en relación con la incorporación de nuevos casos, sino también como algo secundario en la medida en que cada nueva aplicación puede entenderse como la creación de una nueva norma puesto que cambian las personas y sus circunstancias.

Aristóteles demuestra interés por desentrañar el significado de esta relación conflictiva entre dispersión de la realidad y reducción del lenguaje. Cada situación concreta es susceptible de ser relacionada con otras similares, para así dar lugar a un concepto –a una norma- que las une; al mismo tiempo cada situación puede ser la base de una abstracción, ¿Pero una norma puede alcanzar un grado de abstracción y de generalidad tal que abarque una cantidad ilimitada de situaciones concretas? Con base en lo anterior, Aristóteles no tiene ninguna dificultad en

³⁰⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 460.

³⁰¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 186.

³⁰² Alexy, Robert, op. cit., p. 42.

aceptar la posibilidad de que existan soluciones de justicia mejores que aquellas previstas por un ordenamiento jurídico: cada caso concreto posee una forma que no siempre puede ser prevista por un legislador falible. De aquí la diferencia entre la justicia como proporción de términos iguales y la equidad como valor que corrige aquel defecto de los ordenamientos que consiste en la falta de previsión de todos los casos posibles; si la equidad mejora la ley; “la razón de ello –dice Aristóteles- se encuentra en que toda ley es general, pero en lo tocante a ciertos caso no es posible promulgar correctamente una disposición en general”.³⁰³ La falta de precisión ya indica cierta discrecionalidad en la aplicación de las normas jurídicas puesto que, aunque el juzgador elija la hipótesis legal apropiada, esta solo se asemeja al hecho debido a que este se describe vagamente en aquella y se diferencia en que el hecho es rico y la hipótesis legal es pobre. No se trata entonces de un error del legislador, sino de un problema que toca con la naturaleza del trabajo normativo que si se considera infalible o aplicable con estricta exactitud se libera al juez de responsabilidad por ser un simple aplicador, que en forma mecánica decide sobre el destino de las partes³⁰⁴.

Como puede verse, Aristóteles percibió en toda su dimensión la característica reductora de los conceptos y del lenguaje y la discrecionalidad que la función judicial conlleva. Sin embargo, esta comprobación no afecta su confianza en la posibilidad de la justicia y la equidad; la razón que origina su seguridad y tranquilidad es la capacidad intelectual del ser humano, que entre otros preceptos determina la obligación práctica “con relación a otro.”³⁰⁵ Por eso, más que el objeto de una polémica, la capacidad de la razón práctica en la determinación de lo justo, es un punto de partida. Si se consideran las dificultades que el lenguaje presenta al órgano aplicador del Derecho y la necesidad de darle a cada quién su derecho en el caso concreto de conformidad con las circunstancias del mismo, es imprescindible encontrar criterios interpretativos seguros –y así evitar el

³⁰³ Aristóteles, op. cit., libro V, capítulo X, p.71.

³⁰⁴ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Buenos Aires, El Foro, 1994, p. 139-140.

³⁰⁵ Aristóteles, op. cit., libro V, capítulo I, p. 59

autoritarismo y la parcialidad en el uso de la discrecionalidad en las decisiones judiciales- para que en el juicio de equidad o incluso en el de legalidad, los destinatarios de las normas no carezcan de seguridad jurídica y puedan gozar de una administración de justicia más humana. Cuestiones de perspectiva en relación con el ordenamiento jurídico pueden influir seriamente la elección de cualquier postura jurídica y más cuando se trata de decir que límites tiene el juez para dar una solución a un conflicto de intereses en el contexto de un sistema jurídico. En nuestro sistema jurídico se reconoce la capacidad de interpretar los conceptos jurídicos indeterminados reduciendo la discrecionalidad y evitando la arbitrariedad mediante un proceso argumentativo en el cual, el juez, siempre considere -no solo cuando exista indeterminación expresa de dichos conceptos- como un apoyo elemental y necesario los principios generales del Derecho debido a que, proporciona inseguridad jurídica a los gobernados el hecho de sustentar sus decisiones solo en conceptos o normas particulares aisladas y por lo tanto desconectadas de la unidad y congruencia del sistema jurídico. El uso de los principios generales del Derecho al argumentar una sentencia aclara el motivo por el cual se seleccionaron las normas jurídicas aplicables al caso concreto y se determinaron los alcances de los bienes jurídicos en ellas protegidos.

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD. ³⁰⁶

Definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción

³⁰⁶ Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXII, Septiembre de 2005 Tesis: I.4o.A.59 K Página: 1431 Materia: Común. <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/TesisAisladas/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

implique conceptos científicos, tecnológicos, axiológicos, económicos, políticos, sociológicos o de otras disciplinas, pues de suyo requiere acudir a ellas. Frente a tal caso es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e implica estar en zonas de incertidumbre decisoria o probabilidad que necesariamente conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio. Sin embargo, tener que sortear tales imprecisiones y vaguedad en la apreciación intelectual y cognoscitiva no es en realidad un caso de discrecionalidad ni de apreciaciones subjetivas. Efectivamente, al tenor de la intelección de los fines de la norma, aunado a la estimación de valores, políticas, principios e intereses en conflicto, todo ello situado en su contexto e interactuando, se obtiene que la autoridad debe encontrar una solución o respuesta en el caso concreto. Para completar la idea conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del Juez es ilimitada y b) Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública. Ello exige un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social pues sólo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente, de suerte que la autoridad debe motivar cómo es que valoró y connotó, hecho y derecho ya que a pesar de las apariencias se trata de un esquema condicional en el que se debe aplicar la regla a través de la subsunción y asignación de las consecuencias que el fin de la norma exige atender -intención y propósito del sistema normativo-. Así pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión fiscal 49/2005. Administrador de lo Contencioso de Grandes Contribuyentes en representación del Secretario de Hacienda y Crédito Público, del Jefe del Servicio de Administración Tributaria y de la autoridad demandada. 13 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Claudia Patricia Peraza Espinoza.

Para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, es necesario arribar al texto normativo desde una perspectiva sistemática del ordenamiento jurídico que contenga las notas esenciales de unidad y coherencia que determinan la necesidad de interpretar sistemáticamente las normas³⁰⁷, es decir, atribuir el significado de cada precepto teniendo en cuenta el conjunto de los que forman parte.³⁰⁸ También es indispensable dirigirse en el contexto discrecional mediante argumentos prácticos generales, como es el caso de los argumentos teleológicos y los deontológicos³⁰⁹, que sustenten tal o cual interpretación de las normas jurídicas. De lo dicho se desprende la diferencia y la relación entre la interpretación y la argumentación. Mientras argumentar consiste en ofrecer una serie de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión³¹⁰, interpretar es la actividad intelectual encargada de comprender, explicar o declarar el sentido de lo que es objeto; no solo esclarece el sentido de la norma, sino también el de los hechos que suscitan el problema jurídico.³¹¹ La interpretación incluye necesariamente argumentación debido a que la actividad intelectual del intérprete debe demostrar que el sentido de su interpretación es correcto. Lo anterior se

³⁰⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 460.

³⁰⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., Ídem.

³⁰⁹ Alexy, Robert, op. cit., p. 57.

³¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit. p.183.

³¹¹ Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2ª Edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 63.

confirma por las afirmaciones de Gustan y su comentaristas; El hecho de incluir dentro del objeto de la interpretación los enunciados argumentativos no significa que el autor identifique interpretación y argumentación. Así, Guastini diferencia, por ejemplo, dentro de las decisiones constitucionales, entre justificación interna y justificación externa, siendo esta última el procedimiento argumentativo a través del cual se motiva la elección de premisas. No obstante y pese a que no las identifica, afirma que para aplicar la justificación externa se puede usar la teoría general de la interpretación. A pesar de poder diferenciarse claramente la actividad argumentativa de la interpretación, en la teoría de Guastini existe una íntima relación entre ellas en cuanto tal y como veremos posteriormente, toda interpretación debe llevar aparejada siempre y en cualquier caso una argumentación. Ahora bien, el que toda tarea interpretativa lleve siempre aparejada una argumentación de ahí no se sigue el que, necesariamente, sean lo mismo, son dos actos intelectuales distintos, si bien se relacionan íntimamente, pues bien puede existir una interpretación que no se use para dar una razón o argumento que esté orientado a la defensa de una tesis determinada. Esto es, referida la interpretación a un paso posterior que pudiera ser el formar parte de un argumento en concreto.

Lo que no debe pasarse por alto es que la interpretación es un acto intelectual que no puede separarse de la perspectiva del lenguaje,³¹² y por lo tanto de la discrecionalidad, de lo que se desprende la necesidad de argumentar para disminuir la arbitrariedad que se puede presentar en la interpretación judicial; Desde luego, debemos dar argumentos a favor de las diferentes conclusiones y luego valorarlos para considerar cuan fuertes son realmente. En este sentido, los argumentos tienen una relevancia especial en la actividad interpretativa, pues el discurso del intérprete se halla comúnmente constituido por un enunciado interpretativo (informativo o estipulativo) y por uno o más argumentos ofrecidos para apoyar o respaldar la interpretación propuesta.³¹³ Cuando la

³¹² Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p.185-186.

³¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 187.

argumentación y la interpretación se vinculan estrechamente disminuyen la arbitrariedad del juzgador, es más, (el juzgador) puede llegar a alcanzar la convicción, la certeza de que sus razonamientos están adecuados a la realidad desde una perspectiva jurídica, desde el orden jurídico vigente o desde los principios jurídicos; la corrección de una interpretación solo puede demostrarse cuando se aducen razones en su favor y en su contra. Por tanto es válida la frase: interpretación es argumentación.³¹⁴

El juez se encuentra en una situación especial con relación a los demás destinatarios de las normas jurídicas; ello se debe, de un lado, al carácter profesional que posee su consideración y por otro, a la motivación de sus decisiones, la cual hace explícita su representación psicológica de las normas. La función que caracteriza mayoritariamente la figura del juez es, como sabemos, su capacidad de poner fin a una controversia mediante la emanación de una decisión judicial de carácter ejecutivo y vinculante dotada de fuerza jurídica³¹⁵. Para emitir una decisión judicial, el juez, desde las normas jurídicas, debe argumentar, conocer los hechos valorando las pruebas y elegir las consecuencias jurídicas que la resolución causará. La interpretación y la argumentación necesarias para lograr el correcto acatamiento del orden jurídico muestran una amplia gama de posibilidades: las razones adecuadas pueden persuadir a los destinatarios de la decisión judicial: la actuación del juzgador puede consistir en una adhesión irreflexiva y mecánica a las normas, hasta una decisión prudente, racional y congruente con los valores que contiene nuestro sistema jurídico. Una visión humana, completa y prudencial del ordenamiento jurídico ha impulsado en la actualidad una investigación cada vez más detallada de la discrecionalidad judicial.

Aceptando contundentemente que las normas jurídicas son valiosas intrínsecamente y que el juez debe considerarlas así, para él y para los demás, no

³¹⁴ Alexy, Robert, op. cit., p. 44.

³¹⁵ Rentería, Adrián, *Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad*, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2ª. Edición, México, Fontamara y Universidad Autónoma de Chihuahua, 2002, p. 32.

se puede dejar de observar que su sentido es en general controvertible o por lo menos difícil de determinar, por la mencionada imprecisión del lenguaje, el cual otorga de hecho, al momento de interpretar los preceptos, un poder discrecional al juzgador, que no por ser mínimo en casos sencillos, carece de importancia en la determinación de lo justo concreto. Adrián Rentería nos dice que la discrecionalidad se presenta cuando existe la posibilidad de elegir entre varias opciones radicadas en un contexto específico que al aplicarlo en el ámbito judicial de modo muy general se puede definir de la siguiente manera: “en el ámbito de las decisiones judiciales. A partir de lo que se ha dicho, podemos caracterizar la expresión de ‘discrecionalidad del juez’ como la condición en que se encuentra el órgano judicial cuando le vienen a faltar indicaciones jurídicas incontrovertibles que le señalen una y sólo una respuesta para el caso que está resolviendo”.³¹⁶

La discrecionalidad se conecta con la interpretación en el momento en que, al elegir las normas aplicables al caso concreto y dilucidar su sentido, se presentan al juez una serie de opciones por el carácter abierto del texto normativo; Toda operación sobre derecho implica interpretar. Incluso las disposiciones más claras precisan de tal comprensión intelectual. Se ha afirmado que el viejo brocardo de *in claris non fit interpretatio* no puede ser aceptado ya como una guía segura, pues toda operación específica de interpretación, hasta la más simple, altera la presunta transparencia de la norma. Y al contrario, como decía el monje Abelardo en su apología de la fe, nada hay tan bien dicho que no pueda ser mal interpretado. La interpretación supone una operación que no puede evitar traspasar el texto. Lo cruza y lo transforma, por así decirlo. Se trata, en fin, de uno de los muchos efectos del lenguaje, que constituye necesariamente el soporte de la norma.³¹⁷ En este sentido, los principios generales del derecho como son argumentos teleológicos que expresan la finalidad de la ley u ordenamiento jurídico, guían al juzgador en la interpretación filológica, con base en la cual se atiende al significado de las palabras, según su conexión en la frase, a la luz de las reglas

³¹⁶ Rentería, Adrián, op. cit., p. 38.

³¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p.181.

gramaticales; de ahí que si las palabras tienen un doble significado, deberá adoptarse el que se juzgue (a la luz de los principios) más apropiado a conseguir el fin de la ley.³¹⁸ Se debe desentrañar el sentido y alcance existente en las prescripciones jurídicas o atribuir un sentido congruente con el sistema jurídico mediante los instrumentos que el orden jurídico proporciona su normatividad. Considero imposible eliminar absolutamente la discrecionalidad que el juez tiene en sus decisiones pues, en la elección del conglomerado normativo que en algunas partes es contradictorio, presenta una serie de opciones de las cuales el órgano aplicador va a tomar unas y dejar otras, también en el marco de una norma el juez puede moverse con más o menos amplitud para determinar con exactitud la solución al caso controvertido y por último en la valoración de las normas la misma legislación, en algunos casos, permite la libre apreciación del juzgador lo cual implica cierta valoración de carácter discrecional en el terreno probatorio para lo cual es indispensable argumentar con premisas fuertes. El hábil manejo de los principios generales del derecho permite al juez aprovechar el terreno discrecional para hacer sus resoluciones más justas, más equitativas, en fin más humanas, puesto que; de la extraordinaria amplitud de lo jurídico se infiere el que los principios generales de Derecho sean, por su propia esencia, abstractos y generales, lo que, ciertamente, implica la delicada problemática de tener que realizar, de manera necesaria, un arduo ejercicio interpretativo para hacerlos actuar en la realidad jurídica, sin embargo, ello da la posibilidad de abrir las puertas al juzgador, no de manera arbitraria, sino razonada, para poder resolver las innumerables situaciones no previstas en el ordenamiento jurídico.³¹⁹ En este orden de ideas me permitiré presentar una cita considerablemente larga en donde Rentería nos expone con profundidad y amplitud lo que la discrecionalidad es:

“La casi totalidad de los juristas y de los operadores prácticos del derecho, parecen conferirle al vocablo ‘discrecionalidad’ que se suelen llamar ‘intencional’, por cuanto que se origina de opciones precisas tomadas por el legislador de

³¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 450.

³¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., Ídem.

manera, precisamente, intencional, por ejemplo, dejando en manos de los jueces la posibilidad de elegir entre un determinado tipo de sanción o bien entre un límite mínimo y uno máximo de pena. Y se coloca también dentro de esta definición el sentido de discrecionalidad, también éste ampliamente reconocido en sede teórica por Kelsen, sólo para mencionar un ejemplo, que se verifica por el hecho de que la norma no es más que un marco donde al juez toca optar por uno de los posibles significados. La posición de Kelsen, me parece, comprende tanto la discrecionalidad de exclusivo carácter técnico cuanto y de seguro éste es un aspecto más importante desde el punto de vista teórico y desde la perspectiva que se asume en este trabajo, la discrecionalidad que concierne cuestiones conectadas también a la actividad de individualización-interpretación de material normativo y la reconstrucción de los hechos... Las áreas de discrecionalidad en el razonamiento, o mejor, en el proceso judicial, han sido claramente subrayadas por Jerzy Wróblewski, quien distingue:

a) Discrecionalidad relativa a la determinación de la validez de la norma aplicable. Esta área de discrecionalidad “denota un área de valoración judicial inscrita en la actividad de juicio acerca de la validez de la norma que será aplicada en un caso determinado”. Wróblewski distingue ulteriormente los usos del concepto de validez, afirmando que el uso de validez sistémica no comporta en principio la presencia de espacios de discrecionalidad, mientras que, por el contrario, del uso de un concepto de validez, como contenido de las normas, sigue por necesidad un espacio de discrecionalidad. En efecto, si aceptamos el concepto de validez sistémica, según la cual la validez de una norma depende del hecho de que haya sido “creada” de acuerdo con lo que establece la meta-norma de grado superior, no hay espacio –en línea de principio al menos- para opciones discrecionales sobre la validez de las normas: éstas son válidas si han sido creadas respetando los criterios meramente formales. Viceversa, si el concepto de validez que prevalece es el que llama en causa el contenido de las normas, entonces no será difícil, juzgando no sólo el modo de producción, sino también y sobre todo, el contenido de las normas, que den lugar a grandes espacios discrecionales. El paradigma de tal propósito parecería ser la así

llamada laguna ideológica, que nace precisamente porque el juez no considera la norma existente como la norma más adecuada para resolver el caso, justificando de tal modo, por ejemplo, el recurso a la analogía, con todo lo que ello comporta.

b) Discrecionalidad relativa a la decisión interpretativa. Esta fuente de discrecionalidad, como es evidente, resulta ser aquella sobre la que se ha concentrado en grado mayor la atención de los estudiosos. Al respecto Wróblewski sostiene que “una decisión interpretativa se requiere si, en la opinión del juez, el significado del texto normativo que él desea utilizar no es claro en modo suficiente para la resolución del caso en cuestión”. Para Wróblewski existen algunas subformas de discrecionalidad de este tipo y son las que derivan del uso de cláusulas generales, de la referencia a reglas extrasistémicas y de valoraciones, como las reglas de equidad y de moralidad. Según Wróblewski “la existencia de este tipo de discrecionalidad hoy en día no es contestada por ninguna teoría o ideología de la interpretación jurídica y se origina por razones peculiares del lenguaje normativo”. A este propósito, se debe agregar que para que esa forma de discrecionalidad no sea (o casi) puesta en tela de duda, han seguramente contribuido los recientes resultados alcanzados en el campo de la investigación semiótica y en particular aquellos que tienen a subrayar la igual relevancia del aspecto pragmático con respecto a la sintaxis y a la semántica, en orden a la determinación del significado de un enunciado.

c) Discrecionalidad relativa a la evidencia de los hechos de la cuestión jurídica. En este caso, es evidente, nos colocamos dentro del controvertido universo que concierne la problemática conectada con la determinación de los hechos de un proceso. Esta fuente de discrecionalidad depende sustancialmente, por un lado, del modo en que las normas jurídicas determinan los hechos del caso (mediante un lenguaje riguroso y de estrecho contacto empírico-factual o bien, vago e indeterminado) y por el otro, de la teoría de la evidencia que se acepte, es decir de las valoraciones personales del juez en materia epistemológica. La fuente más importante de discrecionalidad relativa a los hechos, es la que resulta del uso de directivas jurídico-normativo basadas sobre la *free judicial evaluation of*

evidence o bien sobre la *judicial conviction*. Es evidente que la discrecionalidad relativa a la configuración de los hechos en una controversia, concierne muy de cerca toda la amplia gama de la literatura jurídica sobre el problema de las pruebas y que, en última instancia, se resuelve en la más general problemática de la epistemología de la teoría del conocimiento.

d) Discrecionalidad relativa a la elección de las consecuencias. Este tipo de discrecionalidad sucede cuando la norma aplicada no determina una consecuencia que debe adscribirse a los hechos del caso, delineando por el contrario sólo un ámbito judicial donde hay que elegir. La situación típica de una fuente discrecional de éste género es cuando las disposiciones jurídicas relativas a una acción específica señalan como sanción una pena prevista dentro de ciertos márgenes, autorizando de hecho al juez a escoger, por ejemplo entre una pena pecuniaria y una pena detentiva, o bien, en este caso, entre una pena mínima y una máxima...³²⁰.

El juez que resuelve no encuentra los hechos, la elección de los preceptos legales y los conflictos interpretativos separados, los tres elementos están en una relación tan cercana que no es fácil diferenciar en la práctica la determinación de los hechos, de la norma aplicable y de las consecuencias de la misma, pues detrás de todo ello parece existir el problema central de la interpretación y de instrumentos que el ordenamiento jurídico proporciona al juzgador para realizarla en la plenitud y coherencia del sistema jurídico. Pienso que no se contraponen la discrecionalidad con el principio de legalidad, cuando existen jueces preparados, tanto para argumentar con base en una serie de condiciones de racionalidad³²¹, como para aplicar racional y prudencialmente las normas jurídicas con el apoyo de los instrumentos que las mismas le proporcionan en el contexto axiológico de un sistema jurídico: Constituye un principio reconocido en los modernos ordenamientos jurídicos que el juez debe subordinarse a la ley. Según este modo de pensar, cuando aplica el derecho el juez no debe alejarse de todo lo que

³²⁰ Rentería, Adrián, op. cit., p. 41-44.

³²¹ Alexy, Robert, op. cit., p. 48.

establece la ley, ello significa también que cuando el derecho no le proporcione directivas precisas capaces de orientar su decisión, él deberá buscar la respuesta jurídica en (en el sentido de adecuarla) los fines de la ley, en su *ratio* y en un sentido más amplio, en la *ratio* del ordenamiento en su conjunto. Así, con base al principio que tutela la libertad de expresión, o bien con base al principio de la seguridad del Estado, un juez puede –en modo discrecional y dentro de los límites de la ley - considerar igualmente legítimos y racionales tanto el permiso como la prohibición de una manifestación pública. En verdad, para llegar a tales decisiones no es necesario que juez haya sopesado los dos principios en manera igual; es suficiente, por el contrario, que él considere *a priori* (en razón de su visión del mundo) uno de ellos más importante que el otro; y ambas soluciones serán racionales desde el punto de vista instrumental, aunque hayan sido producidas en razón de opciones de clara naturaleza discrecional³²².

Aunque el juez debe subordinarse al ordenamiento jurídico esto no impide que exista siempre algo de discrecionalidad en el ejercicio de su función sin que con esto necesariamente tenga que alejarse de los fines de dicho ordenamiento. Si se hace buen uso de la discrecionalidad con una conveniente interpretación y argumentación dirigida por los principios generales del Derecho, considero que se pueden aplicar las normas jurídicas más humanamente y con más equidad. Para poder comprobar si los principios generales del Derecho son útiles en la producción de decisiones judiciales, considero elemental estudiar dichos principios y las mencionadas decisiones en el contexto de la actividad jurisdiccional realizada por el juez.

³²² Rentería, Adrián, op. cit., p. 123-124

CAPÍTULO III

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

3.1. BREVE COMENTARIO HISTÓRICO SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Se decía en el siglo XIX entre algunos teóricos de la ciencia jurídica que el positivismo jurídico había triunfado y que el derecho natural no se entendía ya como parte del fenómeno jurídico puesto que no se puede percibir por los sentidos, que la persona es un concepto técnico y que el ordenamiento jurídico positivo es un hecho cultural del que depende toda la realidad humana relacionada con lo jurídico. Pero la ciencia jurídica no debe desconectarse de la realidad jurídica que atañe a los principios jurídicos, que son normas jurídicas cuyo contenido protege bienes de naturaleza ético-jurídico, derechos humanos, de alcance tal, que pueden dirigir a cualquier operador jurídico e incluso político, en la creación o aplicación de determinado orden jurídico vigente y no solo eso, sino que también son capaces de calificar un sinnúmero de situaciones de hecho que no necesariamente están previstas en el orden jurídico vigente; por eso nos dice García de Enterría que la ciencia jurídica no tiene otra misión que la de desvelar y descubrir, a través de conexiones de sentido cada vez más profundas y ricas, mediante la construcción de instituciones y la integración respectiva de todas ellas en un conjunto, los principios generales sobre los que se articula y debe, por

consiguiente, expresarse el orden jurídico.³²³ Según el positivismo nada permanece, todo depende de lo que el legislador quiera en determinado momento pues todo lo cultural es creación absoluta del hombre que generación tras generación es absolutamente diferente porque la esencia humana y su sustancia no existen. La ley aspiraría a la monopolización del derecho; pero la experiencia se encarga de dejar claro que el perfecto cerramiento legal lleva inexorablemente a la asfixia del sistema jurídico.³²⁴ La percepción de la consistencia del ser humano con sus tendencias y sus capacidades, aunada al más simple sentido común nos dice, contrariamente a lo que el positivismo jurídico nos presenta, que todo factor cultural depende, en última instancia, de la racionalidad humana y que esta permanece con las mismas capacidades, tendencias y aspiraciones, en fin con la misma naturaleza. Todo factor cultural depende de un factor natural, por lo tanto, si se dice que el texto normativo es un factor cultural tiene que depender de factores naturales, el orden jurídico vigente no es quién determina la existencia de personas, querer que la realidad dependa de lo cultural conduce a un absurdo productor de injusticias, es como querer que el efecto origine su causa. Entonces ante tal contradicción los juristas sensatos han reconocido que la exigencia práctica del derecho del *ius* obliga y que dicha obligación consiste en aceptar, respetar y proteger derechos mediante prescripciones básicas que son fuentes -en todo tiempo y lugar- a las cuales tanto el legislador como el juzgador deben acudir tanto para conformar las normas jurídicas con un contenido justo, como para decir el derecho que a cada quién le corresponde, siempre en la armonía de todo un sistema jurídico. La prueba de que debe existir conexión práctica con el derecho natural (derechos humanos) se puede encontrar en que la superioridad del Derecho Romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes (acaso las de Licurgo, o las de cualquier otro de los grandes legisladores mitificados, fuesen superiores), sino en que sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una

³²³ García de Enterría, Eduardo, op. cit., pp. 33-34

³²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p.431.

jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso su perennidad y hasta su superior certeza, frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia nos presenta.³²⁵ La situación romana con relación al empleo de los principios jurídicos y a la vinculación de estos con el derecho natural, es descrito claramente por Javier Saldaña; En la búsqueda sobre los antecedentes acerca de lo que los principios jurídicos son, se tiene uno que referir de manera necesaria a lo que en la jurisprudencia romana, particularmente clásica, se conocieron como *regulae iuris*, o reglas del derecho, las cuales fueron elaboradas y empleadas en el razonamiento jurídico de los más importantes juristas de la época tardo-republicana y clásica. Dichas *regulae iuris* tuvieron como objetivo principal resolver los problemas planteados a los juristas, o en su caso servir de punto de partida en su razonamiento sobre el caso concreto, a partir del contenido moral, justo y equitativo de tales reglas del derecho. En este sentido el contenido justo de las reglas orientó el razonamiento del jurisprudente romano y sirvió además para exponer sus argumentos o interpretar algún problema jurídico concreto. Habrá que decir, como se establece en la primera de las reglas, en el libro 50, Título 17 del Digesto, que las reglas pero si sirvieron como criterios orientativos y directivos en el razonamiento prudencial...D. 50. 17.1. Por tanto, siendo las *regulae iuris* uno de los antecedentes de los principios del derecho y teniendo éstas un contenido justo, los principios jurídicos participan de tal contenido.³²⁶

Los esfuerzos que en los últimos dos siglos se han hecho, se notan con la formación del Código civil austriaco que denominaba dichas prescripciones básicas como principios del Derecho natural y con el Código civil Albertino que las denominó como principios generales del Derecho por considerar dicha fórmula más apropiada para realizar una interpretación más precisa. Entonces se proponían muchas formulas pero según la opinión de los críticos, carecían de

³²⁵ García de Enterría, Eduardo, op. cit., pp. 34-35.

³²⁶ Saldaña Serrano, Javier, *Los principios jurídicos a través de las regulae iuris*, Revista *Ars Iuris*, Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, número 31, México, 2004, p. 197.

precisión lo cual era de suma importancia para proporcionar seguridad jurídica a los ciudadanos, para denotar con propiedad su significado y para resistir a los posibles embates iuspositivistas. Al respecto el tratadista italiano Giorgio del Vecchio nos dice: El Código civil austriaco había hecho referencia expresa a los “principios del Derecho natural”, el Código civil Albertino se refirió a los “principios generales del derecho”; pero el argumento *a contrario* que parece poder derivarse de tal diferencia resulta desmentido, no sólo por la ausencia de una verdadera contradicción entre las dos fórmulas, sino, además, por el hecho de que no se pronunciara ninguna negación del Derecho natural durante el debate que precedió a la adopción del nuevo término. El proyecto del Código Albertino había acogido la misma expresión utilizada ya por el Código austriaco, declarando que los casos dudosos habrían de decidirse *según los principios del Derecho natural*; y aunque tal fórmula suscitase objeciones de varias partes en la elaboración del proyecto, debe tenerse en cuenta que tales objeciones no procedían de una aversión substancial al concepto, sino que sólo tendían a obviar el peligro de una interpretación poco precisa. Casi todas las otras fórmulas entonces propuestas (“principios de razón”, “principios de equidad”, “principios de equidad natural”, “principios de razón natural”, etcétera), adolecían de la misma falta de precisión y presentaban también el mismo carácter iusnaturalista de aquella que se pretendía sustituir; de modo que fue fácil para la Comisión rechazarlas, manteniendo la primitiva. La explicación dada después por el ministro de Justicia, al decir que con la expresión *principios del Derecho natural* se quería designar “*el conjunto de aquellas máximas de sana moral que son por todos reconocidas*”, contenía, desde luego, una evidente impropiedad de lenguaje, en cuanto transfería la moral al ámbito del derecho; pero demostraba una vez más la intención, no ciertamente positivista, que animaba sobre este punto a los autores del Código. Ni pudo está intención variar en el último instante, cuando se acogió, con el consentimiento del mismo ministro de Justicia, la propuesta de utilizar más bien las palabras “principios generales del derecho”; cuyas palabras pasaron después, sin debates ni discusiones de importancia, en las Disposiciones antedichas al Código vigente.

Del mismo modo, tomando tan sólo en consideración el significado propio de las palabras, resulta difícil convencerse de que por “principios generales del derecho” deban entenderse, por ejemplo, tan sólo los “principios generales del derecho italiano”, como recientemente se ha propuesto. Semejante limitación étnica excede por completo a nuestro parecer, tanto del espíritu como de la letra de la ley ; la cual, al referirse de un modo tan amplio a los principios, no podía tener la mira puesta en un sistema de derecho nacional, que, además, apenas se encontraba entonces en formación, sino que claramente se refería a las verdades supremas del derecho *in genere*, o sea a aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos. La afirmación de que los principios generales del derecho son válidos solamente *para cada pueblo particular*, es decir, que existen tantas series de principios generales cuantos son los sistemas particulares, además de ser en puridad una *contradictio in adjecto*, no corresponde ciertamente a la creencia en una *ratio iuris* de carácter universal que, desde los romanos acá, dígase lo que se quiera en contrario, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica y , sin duda, inspiró también a los autores del Código vigente³²⁷.

En México el constituyente de 1917 colocó a las multicitadas prescripciones con el nombre de principios generales del Derecho y se les dio la función integradora para auxiliar a los jueces en el ejercicio de su función. Aparecen de la siguiente manera, en el último párrafo del artículo 14 constitucional. “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.³²⁸

Desde la legislación romana hasta nuestros días, es reconocido por todas las legislaciones, la insuficiencia de la ley civil para prever todas las situaciones posibles, por lo tanto, en la interpretación judicial resalta la necesidad de suplir las

³²⁷ Del Vecchio, Giorgio *Los principios generales del Derecho*, 3ª Edición, (Traducción), Juan Osorio Morales, Barcelona, Bosh, 1933, p. 46-48.

³²⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 14, DOF 07-05-2008.

carencias legislativas, para lo cual Hugo S. Ramírez, comentando el artículo de Javier Saldaña propone la perspectiva de los juristas romanos con relación a la utilidad de los principios jurídicos; Indudablemente, los principios jurídicos están llamados a cumplir análoga función en la jurisprudencia actual: tal y como lo sugiere el profesor Saldaña, debemos ver en su empleo la posibilidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico, perfeccionamiento que está directamente vinculado al cumplimiento pleno de las exigencias asociadas a su fundamento, es decir, a aquellas que están radicalmente unidas a la existencia humana como la seguridad, la duración y la ayuda mutua, según nos recuerda Sergio Cotta.³²⁹ Socialmente es importantísimo que ningún conflicto de intereses quede sin fallo por la falta de una norma exactamente aplicable al caso y debido a esto nuestra Carta Magna consigna en el citado párrafo la posibilidad de fundar sus sentencias definitivas en los principios generales del Derecho. A través de un criterio de equidad limitado y dirigido por los principios generales del derecho, el juez civil debería resolver todos los casos cuando no puede realizarse el fallo a la letra de la ley o a la interpretación jurídica de la misma. Existen ocasiones en que la norma jurídica, aunque existe, es incompleta o no posee la fuerza requerida para el caso concreto lo cual exige el uso de los principios para así llevar a cabo una elección correctamente sustentada en cualquier materia (civil, penal, laboral, administrativa, entre otras.), cuestión que históricamente no ha sido determinada con claridad por nuestro ordenamiento jurídico permitiendo que, en la práctica, el positivismo jurídico dañe nuestro sistema de administración de justicia en todos los ámbitos. En los últimos años una serie de tesis aisladas han venido determinando con mayor claridad cuál es la naturaleza, función y modo de aplicación de los principios generales del Derecho tema que estudiare con mayor amplitud en las próximas páginas.

³²⁹ Saldaña, Serrano, Javier, op. cit., p.199.

3.2. LA NORMA JURÍDICA. ORIGEN, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Siguiendo a H.L.A. Hart, puedo decir que la característica más relevante y genérica de todo ordenamiento jurídico consiste en que su presencia indica que cierta conducta humana deja de ser optativa; convirtiéndose, así, en obligatoria.³³⁰ Por lo tanto, todo orden normativo supone la existencia de ciertos lineamientos obligatorios de comportamiento, que son instrumentos prácticos, elaborados y contruidos por los hombres para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos que inspiraron la elaboración de tales normas..., que deben ser interpretadas a la luz de la confrontación de sus efectos con el propósito que inspiró la elaboración de la norma.³³¹

Como es posible observar, varios materiales jurídicos (códigos, contratos o sentencias judiciales) limitan las opciones de conducta de los individuos a través de normas que prohíben, permiten o impulsan conductas obligatoriamente. Estas características de los ordenamientos jurídicos son útiles en dos sentidos; en primer lugar son útiles porque se dirigen al comportamiento humano que es variable y está afectado por cierta debilidad y en segundo lugar porque se limita racionalmente la libertad humana en función de la dignidad humana y del bien común tomando en cuenta todos los factores involucrados en la sociedad. Siguiendo a Javier Hervada no considero que la búsqueda del bien común por medio de amenazas sea la perspectiva jurídica porque persigue el orden social (la coordinación de los poderes sociales y de las fuerzas individuales en función del bien común) y no el reparto de cosas (dar a cada quién lo suyo). Todo ordenamiento jurídico tiene una connotación tanto jurídica, en lo que respecta al contenido de justicia que describe como política, en cuanto busca el bien

³³⁰ Hart, L.A., *The Concept of Law*, Oxford University, Press, 1972, p. 6.

³³¹ Recasens Siches, Luis, op. cit., p. 212.

común³³². Lo claro es que, normando la conducta humana en sociedad, se producen dos efectos principales; uno político y el otro jurídico.

En el plano político, la función organizativa del ordenamiento jurídico resulta de la forma como las normas jurídicas dirigen, limitan o motivan el comportamiento humano: para hacer que ciertos individuos se comporten de conformidad con el deseo de otro (líder, jefe, príncipe) se amenaza con la aplicación de una pena o sanción en caso de conducta contraria. Estableciendo sanciones (tales como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, entre otras) el derecho induce a los individuos a comportarse de conformidad con el deseo de aquellos que establecen las normas y de conformidad con las necesidades sociales. El poder motivador de las acciones que organizan la sociedad reside, en gran medida, en el mecanismo coactivo del orden jurídico vigente debido a que la conducta humana es variable, a veces correcta a veces incorrecta, en unas ocasiones buena y en otras mala. La visión que se tenga sobre el ser humano será la que determine la justificación de la coercitividad jurídica; algunos han sostenido una concepción pareja; y han sustentado la tesis de que el hombre es bueno por naturaleza; y han creído que todas las maldades son el resultado de la acción deformadora de la mala educación o de una ordenación social incorrecta. Pero, obviamente, esto es una fantasía, superlativamente alejada y discrepante de la efectiva realidad humana. Otros han mantenido la tesis de que el hombre es forzosamente malo, por naturaleza. Tal aserto responde a la unilateral y fragmentaria visión de la genuina realidad de lo humano. La verdad es que el hombre es a la vez bueno y malo. La verdad es que en él hay impulsos, tendencias, propensiones hacia la bondad; pero que hay también concupiscencias, ambiciones, ímpetus, que le llevan al mal y a la injusticia... Se ha de tomar en cuenta el hecho de que real y efectivamente nos hallamos con que en la vida humana actúan los dos tipos de tendencias, las positivas y las negativas. Sin embargo, como dice García Máynez citado por Recasens; "Las consecuencias jurídicas no se reducen a la imposición de un acto

³³² Hervada, Javier, op. cit., pp.134-135.

coercitivo por parte del Estado”³³³ en el que es necesario establecer y poner en movimiento controles que detengan y sometan las tendencias negativas,³³⁴ también dichas consecuencias buscan impulsar la generalización de conductas justas, usos y costumbres adecuados y valores morales.

El poder social que se ejerce por las normas no puede dañar la dignidad humana aunque sea un poder legítimamente constituido, el dominio que se ejerza sobre la persona por medio de sanciones no se justifica más que por el derecho y por las funciones y necesidades sociales ordenadas al bien común (en el ámbito político) y por la protección de los derechos humanos ordenada a la obtención de los fines naturales del hombre (en el ámbito jurídico). Los fines naturales del hombre y el bien común armonizados y positivados en la unidad jerárquica de un sistema jurídico son los que dan fuerza obligatoria a la característica coactiva del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si para producir determinadas consecuencias es necesario hacer lo que la norma o la regla establece, entonces resulta que, mientras se quieran las consecuencias, la conducta que las produce es obligatoria en cierto sentido. Cuando alguien no sigue lo que dice la regla y no obtiene las consecuencias previstas, decimos, refiriéndonos a lo ocurrido: “no hizo lo que tenía que hacer”. Esto ocurre con las normas procesales las cuales se regula “el proceso por cuyo medio el Estado, ejercitando la función jurisdiccional, asegura, declara y realiza el derecho”³³⁵, lo que nos dice que dichas normas son un medio absolutamente necesario para que, se dirima un conflicto en el transcurso de un procedimiento, dándose a conocer en una sentencia el modo en que se le dio a cada quién su derecho y se les impusieron determinadas obligaciones que se cumplirán, en caso de ser necesario, en la ejecución. Si no se realizan los presupuestos procesales contenidos en las normas jurídicas procesales no se puede, ni alcanzar lo deseado, ni administrar justicia.

³³³ Recasens Siches, Luis, op. cit., p. 125.

³³⁴ Recasens Siches, Luis, op. cit., p. 134.

³³⁵ Ovalle Favela, José, op. cit., p. 5.

Prima facie, la idea de que el derecho se encuentra constituido por reglas (yo diría normas que en algunos casos, como el de las normas procesales pueden ser reglas) puede, diría Hart, difícilmente ser puesta en duda.³³⁶ El argumento de que es característica del orden jurídico en su conjunto, estar constituido por reglas y pautas de conducta (normalmente denominadas “normas” dentro de nuestra tradición jurídica por ser la palabra más adecuada) coincide con una de las ideas más firmemente arraigadas: el orden jurídico es quien nos dice qué hacer para organizar a la sociedad y para administrar justicia. Está idea y las que aluden a las normas con sus sanciones, constituyen los rasgos fundamentales de una imagen ampliamente compartida del derecho.

Las normas jurídicas, dentro de este orden de ideas, más que un mandato son un patrón de comportamiento que prescribe deberes, que, para que sean validos, no solo deben cumplir con un determinado lenguaje, sino que lo decisivo es su funcionalidad.³³⁷ Las normas jurídicas guían la conducta humana en función de lo que es justo y apropiado para el bien común; aspecto que se deja ver fácilmente en los *iuris precepta honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribure*³³⁸. Toda norma jurídica congruente con un sistema jurídico, que tenga contenido justo o que apoye la realización del bien común marca el camino correcto; señala cómo hacer las cosas, cómo comportarnos, es, en suma, la pauta de la (correcta) convivencia social, cuyo contenido ético es protector de los derechos humanos o naturales”.

La concepción imperativa es un extremo, pero las órdenes respaldadas por amenazas no se oponen necesariamente a aquella que lo concibe como normas jurídicas justas y organizativas y aplicables en situaciones concretas. Casi al comienzo del Digesto escribe Ulpiano que el término *ius* se deriva de *iustitia*. A primera vista, es esta una frase inicial que resulta poco prometedoras en una obra de derecho. Sin embargo, aunque absurda desde el punto de vista etimológico, la

³³⁶ Hart, H.L.A., op. cit., p. 8.

³³⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Traducción), Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.57.

³³⁸ Floris Margadant S, Guillermo, op.cit. p.99.

afirmación cobra cierto interés cuando la interpretamos libremente, en el sentido de que del derecho objetivo debe, en efecto basarse en la justicia, en el intento de realizar nuestra intuición colectiva de lo justo.³³⁹

Al lado de las normas cuya función es la de imponer, de manera abstracta y general, deberes justos e históricamente adecuados, existen otras normas jurídicas que no realizan esta función sino una totalmente distinta. Las normas a las que ahora me refiero son aquellas que determinan cómo celebrar contratos, matrimonios, testamentos. Tales normas no requieren de personas que reaccionen coactivamente en caso de que los individuos no contraten, no se desposen, no testen. Dichas normas no imponen deberes u obligaciones, simplemente dotan a los individuos de medios para llevar a cabo sus propósitos confiriéndoles facultades jurídicas para crear, a través de ciertos procedimientos y bajo ciertas condiciones, derechos y deberes dentro de un sistema jurídico específico.

De esta manera las normas que determinan la creación de testamentos, que confieren facultades judiciales a los individuos o facultades legislativas a diferentes cuerpos o personas, ejemplifican un tipo de normas que no pueden caracterizarse como normas que impongan obligaciones o deberes al testador, árbitro o legislador. La función que realizan estas normas es válida intenta no desalentar a los testadores, árbitros o legisladores en la comisión de delitos, sino motivar, reglamentar y con esto definir las condiciones y límites bajo los cuales un testamento, un laudo o cierta legislación son válidos.

Podemos decir con H.L.A. Hart que:

“Las normas que confieren facultades, aunque diferentes de las que imponen deberes... *siempre se encuentran relacionadas con éstas*; puesto que las facultades que aquellas confieren son facultades para crear normas generales de este último tipo o para imponer deberes a ciertos individuos, quienes, de otra forma, no estarían sometidos a ellas... Podría decirse, a costa de cierta

³³⁹ Floris Margadant S, Guillermo, op.cit., Ídem.

inexactitud, que mientras las normas como las del derecho penal imponen deberes, las normas que confieren facultades son recetas para crear deberes”.³⁴⁰

Ya en el punto tres del segundo capítulo estudié brevemente las fuentes del derecho, que son el origen de las normas jurídicas, los procesos de creación de las mismas y en dichas fuentes incluí los principios generales del Derecho contradiciendo aparentemente, con esto, la versión positivista de que los principios sólo se pueden originar a partir de las normas jurídicas positivas. O para decirlo de otro modo que el derecho positivo vigente es la única fuente de donde surgen o se pueden desprender los multicitados principios. Parece, más bien que es en sentido contrario, pues las normas positivas vigentes no son el fundamento de los principios, sino que estos son el fundamento de aquellas, lo cual se demuestra con la definición de principio: La palabra latina *principium*, principio, comienzo, inclinación, origen; esta palabra se deriva de *princeps*, es un vocablo compuesto de *primus*, lo que está más adelante, el primero... punto de partida que no sea reducible a otros puntos de partida de la misma especie o pertenecientes al mismo orden³⁴¹, por lo cual, los principios jurídicos son el punto de partida y la orientación de todo el orden jurídico, son las normas que unifican e informan toda realidad jurídica y por lo tanto, no se originan o encuentran su fundamento en realidades de la misma especie, por eso dice García de Enterría que razonar en derecho, interpretarlas normas o los actos jurídicos, aplicar el derecho, no es más que operar con principios, alrededor de los cuales se ordena todo particularismo de las reglas y de los actos concretos. Un pensamiento por principios así entendido fue justamente el gran descubrimiento de los juristas romanos, lo que hace eterna e inmarcesible su lección para los juristas de todos los tiempos... No hay institución sin un principio informador y estos principios, como la institución misma en la que se insertan y en la que únicamente cobran sentido, están configurados en orden a círculos problemáticos concretos, obedientes a la estructura tópica y no

³⁴⁰ Hart, H.L.A., op. cit., p. 32-33.

³⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p.430.

axiomática...³⁴². Por lo tanto, considerar a los principios como fundamento del orden jurídico crea un vínculo práctico-racional entre positivistas y iusnaturalistas que permite dar una solución concreta a la larga serie de controversias entre las dos corrientes debido a que se limitan posiciones radicales: si se acepta que el fundamento del Derecho son los valores jurídico-éticos de la comunidad, en la actualidad la vieja polémica entre iusnaturalismo y positivismo ha perdido su sentido.³⁴³

Sería erróneo limitar los principios generales del Derecho a los sistemas jurídicos nacionales diciendo que aquellos dependen de estos, porque se incurriría en un relativismo tal que hablar de derechos humanos y de justicia sería imposible y que todo dato jurídico universal no existiría. Aunque desde mi perspectiva, la aplicación concreta y el carácter informador de los principios jurídicos se modifica parcialmente por las circunstancias jurídicas y fácticas de la comunidad en que sean utilizados. Así pues en lo que respecta a lo sustancial en la utilización de los principios jurídicos, dice Del Vecchio que:

La afirmación de que los principios generales del derecho son válidos solamente para cada pueblo en particular, es decir, que existen tantas series de principios generales cuantos son los sistemas particulares, además de ser en puridad una *contradictio in adjecto*, no corresponde ciertamente a la creencia en una *ratio juris* de carácter universal que, desde los romanos acá, dígase lo que se quiera en contrario, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica y, sin duda, inspiró también a los autores del Código vigente.³⁴⁴

Primero no serían principios generales sino particulares, segundo no existiría una *ratio juris* con base en datos naturales propios de la persona humana y tercero la sabiduría greco-romana expresada en la doctrina jurídica y en los principios generales del Derecho no inspiraría, ni en el ámbito jurídico ni en el ético a nuestros legisladores y juristas, en la formación y perfeccionamiento de nuestro

³⁴² García de Enterría, Eduardo, op. cit., pp. 81-82.

³⁴³ Beladiez Rojo, Margarita, op. cit., p. 41.

³⁴⁴ Del Vecchio, Giorgio, op. cit., p., 49

sistema jurídico vigente. Es notorio por la sorprendente semejanza sustancial que presentan las instituciones de las más diversas estructuras nacionales y raíces históricas, cuando son consideradas desde el ángulo de los principios generales determinados por los problemas.³⁴⁵

En lo que se refiere a la cuestión planteada de cuál es el origen de los principios generales del Derecho, al referirse a los mismos, según el positivismo jurídico, el legislador se está refiriendo a normas generales no expresas a las que se llega únicamente por el razonamiento inductivo que parte de las disposiciones particulares del sistema jurídico vigente, sin embargo, la posibilidad misma del comparatismo y de su fecundidad estrictamente jurídica (y no puramente cultural) está justamente aquí, pues es obvio que las representaciones jurídicas generales en base a las cuales se realiza el reconocimiento y la calificación de las instituciones positivas de Derecho nacional son, por consiguiente, una pieza de la realidad jurídica que trasciende los límites del Derecho nacional. A la vez, en esta concepción está también el fundamento de toda posible articulación entre los distintos sistemas positivos nacionales...³⁴⁶ En un sistema jurídico existe una relación lógico-formal y material- entre las normas particulares y generales, la cual puede permitir que se conozca si una norma posee la generalidad, alcance, permanencia y peso suficiente para ser un principio general del derecho. El positivismo jurídico es insuficiente en su explicación pues descarta la utilidad en el carácter informador de valores contenidos en normas más generales conocidas por medios diferentes a los ordenamientos normativos, acepto con Del Vecchio que las normas jurídicas no son el único medio para conocer los principios generales puesto que estos informan a aquellas, lo que se nota al ser considerados desde los romanos como fuentes del derecho. Considero que para obtener los principios generales del Derecho se puede partir tanto de la dignidad humana y sus derechos, que en última instancia, suponen la racionalidad del hombre y el dominio que sobre sí mismo tiene, como de las normas más o menos

³⁴⁵ García de Enterría, Eduardo, op. cit., p. 32.

³⁴⁶ García de Enterría, Eduardo, *Ibidem.* pp. 32-33.

particulares que componen los ordenamientos jurídicos; en el primer caso, los principios se descubren porque los derechos humanos no pueden ser protegidos más que por enunciados normativos de máxima generalidad y alcance (v. gr. El principio de presunción de inocencia y el relativo a la carga probatoria, que imperan principalmente en materia penal, protegen, entre otros, el derecho a la buena fama y el derecho a la libertad, propios del estatuto ontológico del ser humano); en el segundo caso -en sentido inverso- normas particulares pueden, en algunos casos, llevarnos a conocer principios generales del Derecho mediante un ascenso inductivo que alcance el conocimiento de un derecho humano (v. gr. , las normas particulares que rigen la compraventa, la donación y el laudo dictado en arbitraje mercantil, pueden llevarnos a conocer el principio de respetar la palabra dada, principio que protege el derecho de propiedad, que se funda en el dominio que se puede ejercer sobre las cosas y que es propio de la dignidad humana). En este sentido Del Vecchio argumenta lo siguiente: Así como de los principios generales no pueden obtenerse a priori, por simple deducción de todas las normas particulares del ordenamiento jurídico; que contienen también elementos empíricos y contingentes; así tampoco puede inferirse de las simples normas particulares el conocimiento apropiado de aquellos principios, que en su generalidad superan virtualmente toda aplicación particular. La aspiración de un extremado racionalismo, que pretendiera deducir de puros principios la concreta multiplicidad de las reglas de derecho, sería indudablemente rechazada por cualquier jurista; pero igualmente errónea sería la pretensión de un exagerado empirismo que presumiera de construir a posteriori, utilizando las normas particulares, los principios que constituyen su premisa y su base. Tanto menos legítima sería esta aspiración, aun en el aspecto jurídico positivo, en un sistema como el nuestro que acude para su integración al elemento racional no formulado en términos positivos y expresamente lo admite con carácter general.³⁴⁷ En el caso del juzgador que labora en un Estado Constitucional de Derecho, no es correcta la visión puramente lógico-formal, pues el material con el que trabaja

³⁴⁷Del Vecchio, Giorgio, op. cit., p. 65-66.

tiene la finalidad de proteger bienes jurídicos valiosos; administrar justicia no es, pues, con toda claridad, para la Constitución un simple juego formal que el juez ha de resolver mediante las conexiones de unas leyes con otras, con cierre de cualquier valor superior. Por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia, valor material por excelencia, en el proceso de aplicación legal...³⁴⁸ Pero es importante localizar con precisión la diferencia entre normas jurídicas particulares y principios jurídicos ya que, al compartir la naturaleza normativa puede parecer una distinción poco práctica. Primero es necesario saber si la naturaleza de los principios es normativa para después establecer las distinciones con las normas particulares. Bobbio considera que los principios generales del derecho tienen el carácter de normas; desecha las tesis que afirman que esos principios son construcciones doctrinales ya que tal hecho no desvirtúa su carácter normativo. Igualmente niega la tesis que sostiene que son orientaciones e ideales de política legislativa, sostenida por Betti, quien agrega que dichos principios sirven como criterios programáticos para el progreso de las tareas del legislador. La razón por la cual Bobbio niega esa tesis, se basa en el argumento de que Betti confunde el procedimiento de que el jurista o el juez se valen para formular los principios generales, con la función de estos últimos,³⁴⁹ es por eso que habla de criterios programáticos.

Para García Máynez, los dos argumentos más fuertes a favor de la tesis de que los principios generales del derecho son normas, han sido formulados por Crisufully y pueden resumirse así: 1) En la mayor parte de los casos, esos principios son obtenidos mediante generalizaciones sucesivas de las normas particulares, por lo que resulta imposible considerar que, cuando llegan a cierto grado de generalidad, cambien de naturaleza, es decir, dejen de ser normas. 2) Aun admitiendo que algunos principios no se obtengan de normas particulares mediante generalización, sino que se den de modo inmediato, en todo su alcance general, la función que cumplen (normalmente en materia de lagunas), es ofrecer

³⁴⁸ García de Enterría, Eduardo, op. cit., p. 99.

³⁴⁹ García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1974, p. 312.

prescripciones o modelos de conducta a los operadores jurídicos, por ende, tal función en nada difiere de la de las normas particulares.³⁵⁰

García Máynez también considera que es correcta la tesis de que los principios generales del derecho tienen el carácter de normas, pues sólo así pueden cumplir con su labor de integración de la ley, o sea, sólo así pueden subsanar la imprevisión del ordenamiento jurídico, las lagunas que en el mismo se encuentran, además de que el juzgador necesariamente tiene que fundamentar sus resoluciones en su norma. Considero que en México muchos jueces no han tenido una preparación adecuada, ni en lo teórico ni en lo práctico, perdiendo, con esto, una visión, unificada y congruente del sistema jurídico vigente quedando expuestos a decidir los litigios ante ellos planteados, injusta o inequitativamente, por lo que considero indispensable (como parte de una solución integral) que conozcan con profundidad y manejen con habilidad los principios generales del Derecho en el desempeño de su función. Dicho conocimiento y manejo técnico de los principios generales del Derecho puede ser alentado por la ampliación y precisión en el conocimiento de los principios jurídicos insitos en el texto constitucional.

El hecho de que la generalidad y la obtención (de los principios y de las normas) sean diferentes no aporta lo suficiente con relación a la funcionalidad práctica de los principios. Según ello los principios son normas de un grado relativamente más alto y las reglas³⁵¹, son normas de un grado de generalidad relativamente más bajo... Esto puede designarse como la tesis débil de la separación. La tesis fuerte de la separación la representa, en cambio, quién afirma que la diferencia entre reglas y principios no es simplemente de grado, sino de tipo cualitativo.³⁵² El criterio de la generalidad abre la puerta para obtener, en diversos casos, los principios y las normas particulares, además de que permite conectarlos formalmente en el terreno argumentativo, mediante procesos lógicos que

³⁵⁰ García de Enterría, Eduardo, op. cit., p. 313.

³⁵¹ Las normas particulares son también conocidas como reglas.

³⁵² Alexy, Robert, op. cit., p. 9.

encuentran parcial, fragmentaria y peligrosamente su justificación con soluciones prácticas en un marco de unidad y de coherencia sistemática. La razón de la peligrosidad de una perspectiva formal que se base únicamente en el criterio de generalidad reside en que el derecho no surge de un plan preconcebido y perfecto como no pueden ser preconcebidas y perfectas las necesidades a las que se debe satisfacer. Es decir, el derecho solo justifica su existencia desde un punto de vista práctico en el que se imponen sobre las necesidades lógicas, las necesidades vitales.³⁵³ Ante esta perspectiva limitada que sugiere el criterio de la generalidad, Robert Alexy encuentra, con apoyo en Ronald Dworkin, diferencias de naturaleza cualitativa más consistentes que permiten entender la naturaleza de los principios jurídicos y sus relaciones prácticas con otro tipo de normas jurídicas: Dworkin emplea dos argumentos. El primero dice que las reglas son aplicables en forma de todo-o-nada (*all-or-nothing-fashion*), pero en cambio los principios no. Si se da el supuesto de hecho de una regla, existen solo dos posibilidades. O la regla es válida y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida y entonces no cuenta para nada en la decisión. En cambio los principios, aún cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan a favor de una u otra decisión. El segundo argumento, vinculado con el anterior, hace valer que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso (*dimension of weight*) que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios, se da un valor decisorio al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor. En otros contextos, el peso podría estar repartido de manera opuesta. En cambio, en un conflicto entre reglas que sucede, por ejemplo, cuando una regla manda algo y otra prohíbe lo mismo, sin que una regla establezca una excepción para la otra, al

³⁵³ Azua Reyes, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, 2ª Edición, México, Porrúa, 1998, p. 33.

menos una debe siempre ser invalida.³⁵⁴ Así pues, profundizando sobre el tema, queda pendiente el núcleo de la diferencia entre reglas y principios³⁵⁵, en el cual se puede reconocer la naturaleza normativa de los principios y su alcance en cada caso concreto. Esto lo expone Robert Alexy con claridad y exactitud: El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan por que 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. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y en esa medida, pueden ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente.³⁵⁶ Margarita Beladiez Rojo nos hace notar otra diferencia fundamental de carácter estructural, que permite distinguir los principios de las demás normas. Se considera que la diferencia que existe entre esta norma y las demás es estructural. Los principios... son normas que carecen de un supuesto de hecho definido *a priori* y que, por tanto, en su formulación, no contienen los casos en los que han de ser aplicados, con lo cual no pueden formular prescripciones concretas... La falta de concreción de los supuestos de hecho, en los que un principio jurídico resulta de aplicación, va a determinar que el mandato jurídico que de los mismos se deriva sea muy general: el deber de respetar el valor que ese principio contiene; deber que otorga el correlativo derecho a obtener la anulación de cualquier acto que lo contradiga. Esta generalidad que caracteriza al mandato jurídico que expresan los principios va a

³⁵⁴ Alexy, Robert, op. cit., pp. 9-10.

³⁵⁵ Alexy, Robert, op. cit., p.12.

³⁵⁶ Alexy, Robert, Ídem.

tener una incidencia directa en su eficacia. Su diferente estructura va a ser la causa de que su eficacia jurídica presente ciertas peculiaridades respecto de las otras fuentes del derecho; peculiaridades que van a consistir, fundamentalmente, en una menor eficacia cualitativa. No obstante, como los principios tienen un ámbito de aplicación mucho más extenso que el de las normas propiamente dichas, su menor eficacia cualitativa se va a ver compensada por una mayor eficacia cuantitativa... Su mandato jurídico se traduce en la imposición de un genérico deber de carácter negativo que prohíbe actuar en contra del valor por él consignado. A diferencia de las demás fuentes del Derecho, los principios no constituyen título jurídico suficiente para crear ningún tipo de obligación ni, por tanto, para otorgar derechos subjetivos típicos o activos... Esta imposibilidad de que los principios jurídicos puedan crear obligaciones y otorgar derechos subjetivos típicos o activos es una exigencia elemental del principio de seguridad jurídica... No obstante, conviene tener en cuenta que muchas veces estos principios se encuentran formulados de tal forma que, más que imponer el respeto de un determinado valor jurídico, parecen otorgar derechos subjetivos típicos o activos.³⁵⁷ De lo anterior se desprende que, aunque la mayoría de los principios imponen deberes negativos a los particulares y a las autoridades (principalmente a las autoridades) y deberes positivos a las autoridades con relación a los derechos humanos, existen principios que imponen deberes positivos a los particulares y se puede presentar como ejemplo el artículo 4º de nuestra Constitución, que dispone que es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, se consigna una carga de los padres frente a sus hijos menores de edad, la cual en caso de no satisfacer sería un ilícito constitucional de tal naturaleza.³⁵⁸ Por todo lo anterior, se concluye que la diferencia estructural entre principios y normas particulares permite descubrir con

³⁵⁷ Beladiez Rojo, Margarita, op. cit., pp. 82, 83, 84, 86, 87 y 88.

³⁵⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Inviolabilidad de las comunicaciones privadas*, Serie Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 9, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p.39.

mayor precisión la funcionalidad, naturaleza, utilidad y alcance práctico de los principios jurídicos.

Si los principios jurídicos son normas jurídicas que protegen de manera próxima derechos humanos y los derechos se fundan en último extremo, en la condición de persona propia del hombre³⁵⁹, considero que los principios jurídicos tienen como fundamento la condición de persona humana y su dignidad frente a los demás.³⁶⁰

Desde otra perspectiva; dichos principios pueden aplicarse en una tarea constructiva e integradora y es donde encuentran aparentemente su fundamento y validez, conjuntamente con las disposiciones expresas del mismo sistema jurídico. Considero que la tarea constructiva e integradora más que el fundamento de los principios es una función de los mismos en la que encuentran su validez. Así mismo, García de Enterría nos dice con relación al fundamento de los principios: se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y susceptibles, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y de manejo que se volatilizaría si el tradicional lugar de la ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la justicia, o de la conciencia moral o de la discreción del juez.³⁶¹ Lo que pasa es que el fundamento de los principios es la persona humana con relación a los demás, lo cual es expresado en los principios como relaciones de justicia (material) que deben desarrollarse y hacerse valer de manera adecuada, con el fin práctico de realizar lo justo concreto.

Máynez expresa que cuando no existe la incorporación de los principios jurídicos al sistema jurídico, no tienen validez y por lo tanto el orden jurídico no obliga al órgano aplicador a tomarlos en cuenta, lo cual me parece muy estricto pues el hecho de que estén comprendidos proporciona claridad al órgano aplicador en su función pero no disminuye su obligación de comparar las normas particulares con

³⁵⁹ Hervada, Javier, op. cit., p. 49.

³⁶⁰ Hervada, Javier, op. cit., p. 49.

³⁶¹ García de Enterría, Eduardo, op. cit., pp. 30-31

los principios generales debidamente obtenidos mediante el referido proceso deductivo y cuya funcionalidad proporciona razones sustentables tanto en el orden jurídico, como en el fáctico, para que, todo juzgador pueda resolver el caso concreto con justicia. Es extraño que los principios sean inválidos pues su alcance y su contenido de justicia es funcional y generalmente se conforma, tanto con un sinnúmero de normas particulares, como con el espíritu del sistema, sin embargo, existen principios sumamente débiles³⁶², principios que no son jurídicos o principios aparentes que por no contener relaciones de justicia, no se les puede denominar como principios jurídicos (v. gr., el principio de discriminación racial.). En el caso de los principios sumamente débiles coincide que su alcance y su aplicabilidad se invalidan por las imposibilidades fácticas y jurídicas, de tal manera que en ningún caso preceden a otros³⁶³ principios. En la búsqueda de los principios generales el juez encontrará una gran cantidad de valores que en última instancia tendrá que desechar primero los que no tienen naturaleza jurídica y después tendrá que dejar de aplicar los principios jurídicos no funcionales por la imposibilidad jurídica y /o fáctica presentada en un contexto histórico.

Todo sistema jurídico necesariamente representa, en muchos de sus aspectos, una aplicación o adaptación de principios axiológicos de máxima generalidad, como los de equidad y justicia, de los cuales siempre es posible derivar, tomando en cuenta los argumentos puestos en su contra y las peculiaridades del asunto que se pretende resolver, un criterio adecuado.

Para Norberto Bobbio, los principios generales del derecho son susceptibles de clasificarse y podría ser de la siguiente manera: según la materia a que pertenezcan, o sea, que se apliquen en el derecho civil, penal, etcétera. A García Máynez la citada clasificación le resulta insatisfactoria, porque la diferencia de materia no implica la de su naturaleza, por lo que propone, haciendo un uso más amplio el criterio distintivo por materia, la siguiente clasificación:

- a) Principios generales de derecho sustancial;

³⁶² Alexy, Robert, op. cit., p.106.

³⁶³ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

- b) Principios generales de derecho procesal
- c) Principios generales de organización.

Estos principios estarán dirigidos principalmente a los ciudadanos, a los jueces y al legislador y a todo tipo de autoridad.

Un segundo criterio de clasificación propuesto por Bobbio es aquel que atiende a la extensión del ámbito de validez de los principios, o sea que, en la concepción del autor, a pesar de que todos son generales, los mismos ocupan distinto plano, tienen diversos grados de alcance y de generalidad. Tal clasificación se compone de: principios de una institución, verbigracia, la indisolubilidad del matrimonio; principios de una materia, como lo referente a la carga de la prueba; principios de una rama jurídica, como la progresividad de los impuestos en derecho fiscal; y principios de todo un orden jurídico positivo, como la libertad de contratación.

Norberto Bobbio propone una tercera y última clasificación de los principios generales del Derecho, que atiende a las funciones que tales principios cumplen:

1º interpretativa o hermenéutica, que consiste en fijar, de acuerdo con alguno de los citados principios, el sentido de tal o cual expresión jurídica; 2º la integradora de los vacíos de las fuentes formales que es, por ejemplo, la atribuida a los principios generales por el artículo 14, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3º la directiva, propia de los principios constitucionales de tipo programático destinados a orientar la actividad del legislador y de los órganos inferiores de producción jurídica; 4º la limitativa, que corresponde, a los principios establecidos por los ordenamientos propios del sistema jurídico vigente.

Pero, ¿Existe un orden jerárquico entre los principios jurídicos que les permita ser funcionales?, ¿Entre los bienes protegidos en los principios existe prioridad práctica de unos sobre otros?; ante un problema concreto de colisión entre principios, la jerarquía valorativa formada en el juzgador podría ser determinante para actuara con justicia o con equidad en su labor jurisdiccional. Las clasificaciones seguidas estrictamente en la práctica, no solucionan la cuestión, pues la subjetividad del juez puede hacer que se incline por determinados principios que considera superiores a otros cuando la realidad de un caso concreto

no lo permite. Dicho orden fuerte o estricto, debería desembocar matemáticamente en una solución exacta para cada caso concreto, de tal modo que los motivos circunstanciales que llevan a cada quién a actuar y a pensar de determinado modo, coincidieran siempre y en todo y que el peso de cada principio fuera el mismo en cualquier circunstancia. Esto sería un orden estricto inaplicable; Un orden estricto solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable. El programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de la realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado y ha encontrado³⁶⁴. Lo conveniente es un orden débil³⁶⁵, una jerarquía que no es rígida en la práctica, a la que se acude desde una perspectiva funcional, en un contexto argumentativo. Más adelante estudiare este orden. Por lo pronto, considero necesario hacer una breve alusión a la localización de los principios generales del derecho y su función en nuestro orden jurídico.

El fundamento positivo³⁶⁶ de los principios generales del Derecho, en México se encuentra en el último párrafo del artículo 14 de la Constitución General de la República que establece:

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

Por su parte, el artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia federal, así como el similar 19 del mismo ordenamiento para el Estado de Nuevo León, señala que:

³⁶⁴ Alexy, Robert, op. cit., p. 14.

³⁶⁵ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

³⁶⁶ No considero que este sea el fundamento real, pues, aunque los principios jurídicos no estuvieran positivados, encontrarían su razón de ser en la necesidad de proteger los derechos humanos.

“Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho”.

Por tanto, se establece una prelación de fuentes dándole a los principios generales del derecho, la posibilidad de ser utilizados cuando la legislación ha sido omisa para dar solución a un determinado asunto en particular.

En lo que se refiere a las funciones que los principios generales del derecho desempeñan, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la siguiente tesis de jurisprudencia:

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.³⁶⁷ Tradicionalmente se ha considerado en el Sistema Jurídico Mexicano que los jueces para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho según la expresión recogida por el constituyente en el Artículo 14 de la Carta Fundamental.- La operancia de estos principios en toda su extensión -para algunos como fuente de la cual abrevan todas las prescripciones legales, para otros como su orientación afín- no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional invocado, sino que aun sin positivización para

³⁶⁷ Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, 2a. parte-3, enero-junio de 1989 Tesis: 197, pp. 573-574. Materia: Común. <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/TesisAisladas/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 93/89. Federico López Pacheco. 27 de abril de 1989.

Unanimidad de votos. Ponente. Genaro David Góngora Pimentel.

Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos.

otros órdenes de negocios, es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación más general de los valores insitos en la concepción actual del derecho.- Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y , en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues estos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad.

La tesis de jurisprudencia antes mencionada, establece las principales funciones que desempeñan los principios generales del derecho en general y específicamente en México ya que la Carta Magna así lo ordena aunque sea únicamente en materia civil, sin embargo, como se puede ver claramente en el ámbito jurisprudencial, resalta su utilidad para otras materias, tales como la penal, la mercantil, la familiar, la fiscal, administrativa, electoral, entre otras. Los principios generales del derecho, de conformidad con la tesis transcrita, tienen un contenido de justicia tal, que su intensidad y claridad pueden apoyar al juzgador en la resolución de todos los casos, por lo cual considero que deben incorporarse en el texto constitucional de un modo más amplio, para así orientar a los jueces en su interpretación y en su argumentación, dirigiéndolos en el marco discrecional en el que naturalmente se desenvuelven. Los principios generales del derecho permiten al juzgador conocer el sentido de una institución determinada y de un sistema jurídico en particular, lo cual, limita y dirige su actividad jurisdiccional ante el peligro que implica la ineludible discrecionalidad propia de dicha actividad.

3.3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, EXPRESIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La dignidad humana supone la existencia de derechos del hombre que, como son inherentes a su ser, deben ser reconocidos universalmente por todos los ordenamientos jurídicos. Ninguna cultura puede ignorar, ni su existencia, ni su obligatoriedad, puesto que los derechos son un hecho real y concreto, de cuya protección depende, tanto la realización de cada hombre, como el perfeccionamiento del orden social, nacional e internacional. Los derechos son verdaderas realidades, no abstracciones o meras facultades, fundamento de toda relación jurídica desarrollada por la persona humana en circunstancias de finalidad, cantidad, cualidad, relación y tiempo, cuya consideración es obligatoria para que el juzgador pueda determinar la medida de lo justo, realizando con esto, la justicia conmutativa, distributiva y legal; en toda esta labor de interpretación intervienen o deben intervenir los datos históricos, sociológicos económicos, políticos, etc., que integran la formación del jurista, como presupuestos indispensables para captar el contenido y el sentido de la norma que subyace.³⁶⁸ Otra característica de los derechos que tiene que ver con las circunstancias en las que se desarrollan, es que son limitados puesto que tienen tanto fines como ámbitos de aplicación. Como ejemplo de la determinación del alcance de un derecho protegido, claro está, por un principio, puede verse la siguiente tesis:

³⁶⁸ Galindo Garfias, Ignacio, *Interpretación e integración de la ley*, Colección Lecturas Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Número 38, México, UNAM, 2006, p.27

IGUALDAD DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO ³⁶⁹

El derecho fundamental a la igualdad instituido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no pretende generar una igualdad matemática y ciega ante las diferentes situaciones que surgen en la realidad, sino que se refiere a una igualdad de trato ante la ley . Si bien el emisor de la norma puede prever situaciones fácticas que requieren un trato diferente, éste debe sustentarse en criterios razonables y objetivos que lo justifiquen, sin dejarlo al capricho o voluntad del legislador. Además, la igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad intrínseca ya que es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones y siempre es resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de "términos de comparación", los cuales, así como las características que los distinguen, dependen de la determinación por el sujeto que efectúa dicha comparación, según el punto de vista del escrutinio de igualdad. Así, la determinación del punto desde el cual se establece cuándo una diferencia es relevante será libre más no arbitraria y sólo a partir de ella tendrá sentido cualquier juicio de igualdad.

Amparo en revisión 1629/2004. Inmobiliaria Dos Carlos, S.A. de C.V. 24 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

La personalidad humana es un modo de ser del hombre cuya manifestación exterior se observa en su conducta, la cual, en innumerables ocasiones lesiona derechos de otros seres humanos, por lo que es necesario limitarla y dirigirla por medio de instrumentos afines a la condición y estructura ontológica del hombre.

³⁶⁹ Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXII, Noviembre de 2005, Tesis: 1ª. CXXXVIII/2005, Tesis Aislada, p. 40. Materia: Constitucional. Registro: No. 176705.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/TesisAisladas/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

Los instrumentos más adecuados son las normas jurídicas por que la razón humana es naturalmente capaz de recibirlas (ya sea; entendiéndolas, siguiéndolas o aplicándolas) y porque ayudarán, como se ejemplificó en la tesis antes puesta, a establecer los límites y el ámbito de funcionamiento de los mencionados derechos humanos. La conducta humana no es, en muchos casos, respetuosa de los derechos ajenos, ni armónica con el todo social, por eso sería parcial la solución consistente en dar a conocer los derechos humanos y recomendar que se respeten de un modo absoluto. Al no tener naturaleza normativa -por ser realidades presentes en cada ser humano- y siendo las normas jurídicas particulares insuficientes para resolver los casos concretos de acuerdo con la unidad del sistema jurídico vigente, la ciencia y la técnica jurídica se ven precisadas a expresar y proteger los multicitados derechos por medio de la creación y aplicación correcta de los principios jurídicos que, como antes se argumentó, son enunciados formados racionalmente, de naturaleza normativa con los cuales se pueden inspirar los ordenamientos jurídicos, formar las decisiones de los jueces y motivar sus resoluciones. Los principios generales del derecho exigen, en su calidad de normas jurídicas, la protección de los derechos humanos en el desarrollo de las relaciones jurídicas. La relación práctica entre derechos humanos y principios jurídicos se puede notar en las siguientes tesis:

MILITARES. PARA RESOLVER SOBRE SU RETIRO DEL ACTIVO POR DETECCIÓN DEL VIH, DEBE ESTARSE A LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA, CAUSAL TELEOLÓGICA Y POR PRINCIPIOS DE LOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN.³⁷⁰

³⁷⁰ Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XX, Octubre de 2004, Tesis: I.4o.A.438 A, Tesis Aislada, Materia: Administrativa. Registro: No. 180322.

Conforme al artículo 197, en relación con el diverso 22, fracción IV, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas abrogada, se declarará la procedencia del retiro del activo de un militar por quedar inutilizado en actos fuera del servicio. Ahora bien, tales disposiciones son insuficientes para declarar el retiro del militar cuando resulta positivo a las pruebas del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) porque no regulan de manera específica esta situación, de manera que para resolver el asunto y lograr una mayor protección de los derechos fundamentales, debe acudir a la interpretación de los dispositivos constitucionales (desarrollados en diversas leyes federales y tratados internacionales de los que México es parte) que protegen el derecho a la salud, a la permanencia en el empleo y a la no discriminación. Cabe señalar que la interpretación implica la búsqueda en el ordenamiento jurídico de la regla adecuada para resolver la insuficiencia normativa. En el caso debe atenderse a la interpretación sistemática, causal teleológica y por principios. La primera, que parte de considerar al ordenamiento jurídico nacional como un sistema, busca el sentido lógico objetivo de la norma en conexión con otras que existen dentro del mismo, es decir, la norma no debe aplicarse aisladamente sino en su conjunto, pues se encuentra condicionada en su sentido y alcance por las demás normas del sistema del cual forma parte. El método causal teleológico busca establecer las causas y los fines de la norma mientras que el de interpretación por principios, pretende descubrir los postulados que persiguen la realización de algo como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

**Amparo en revisión 799/2003. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos.
Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.**

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/TesisAisladas/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTICULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 9o. CONSTITUCIONAL.³⁷¹

La libertad de asociación consagrada por el artículo 9o. constitucional es el derecho de que gozan los particulares, tanto personas físicas como personas jurídico- colectivas, para crear un nuevo ente jurídico que tendrá personalidad propia y distinta de la de sus asociados. Tal derecho es violado por el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria, al imponer a los comerciantes e industriales cuyo capital manifestado ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sea de dos mil quinientos pesos en adelante, la obligación de inscribirse en la cámara correspondiente en el curso del mes siguiente a la iniciación de sus actividades o dentro del mes de enero de cada año, advertidos de que, de no hacerlo, se les sancionará con una multa que en caso de reincidencia será duplicada y que no les liberará del cumplimiento de esa obligación. Ahora bien, si la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. de la Constitución es un derecho de los gobernados, la esfera de protección derivada de la garantía constitucional de que se trata puede operar en tres posibles direcciones: 1o. derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; 2o. derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella; y 3o. derecho de no asociarse. Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie; no podrá restringir su derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, ni, tampoco, podrá obligarlo a asociarse. Consecuentemente, el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria al imponer la obligación a los comerciantes e

³⁷¹ Octava Época Instancia: Pleno Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Tomo: 60, Diciembre de 1992, Tesis: P. CII/92, p. 29, Tesis Aislada, Materia: Constitucional. Registro: No. 205598.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/TesisAisladas/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

industriales de afiliarse a la cámara correspondiente, viola la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. constitucional.

Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecisiete de noviembre en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Ley va, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número CII/92, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, a dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Nota: Este criterio ha integrado la jurisprudencia P./J. 28/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, octubre de 1995, página 5, de rubro: "CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTICULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 9o. CONSTITUCIONAL."

La extensión e importancia de cada principio general del derecho está determinado por la extensión e importancia de cada derecho protegido, si es un derecho originario su aplicación se extiende, fuera del tiempo y no ilimitadamente, a todo el género humano pero si es subsiguiente su generalidad es menor. Los

derechos naturales originarios son aquellos que proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma y por lo tanto, son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana.³⁷² Por ejemplo el derecho originario de todo ser humano a que se reconozca su personalidad jurídica está protegido por el principio de individualización de la pena que exige la adaptación de la pena al individuo previo conocimiento del mismo por parte del juzgador. De la importancia del derecho a dicho reconocimiento se obtiene la importancia máxima de dicho principio y de la extensión del primero se infiere la aplicabilidad del segundo. Estos derechos, los originarios, se dividen, a su vez, en primarios y derivados; los primeros “son aquellos derechos que representan los bienes fundamentales de la naturaleza humana y los que corresponden a sus tendencias básicas”³⁷³, pudiendo encontrar en este punto el contacto principal con la ley natural pues de su cumplimiento y protección depende directamente tanto la perfección o degradación humana por la realización o no de sus fines (ámbito moral) como lo justo o injusto concreto, natural (ámbito jurídico). Por otro lado los derechos derivados son aquellas manifestaciones provenientes de un derecho primario. “Por ejemplo el derecho a la vida es un derecho primario, del cual deriva el derecho a alimentarse, el derecho a medicarse, etc.”³⁷⁴. Son derechos naturales subsiguientes aquellos que dimanen de la naturaleza humana con relación a situaciones creadas por el hombre.³⁷⁵ Su extensión es menor porque dependen de las circunstancias históricas que el hombre creó. Por ejemplo, cuando nuestra carta magna establece, en su artículo 49, que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial está protegiendo, con el principio general del Derecho de división de poderes, el derecho subsiguiente de toda persona a que se establezca una forma de organización y un orden social para que todos ejerciten eficazmente sus derechos humanos. De la anterior clasificación se desprende una jerarquía que jamás debe

³⁷² Hervada, Javier, op. cit., p. 92-93.

³⁷³ Hervada, Javier, op. cit., p.94.

³⁷⁴ Hervada, Javier, op. cit., Ídem.

³⁷⁵ Hervada, Javier, op. cit., p. 93.

interpretarse como un orden que de una manera intersubjetivamente controlable, conduzca en cada caso a un único resultado; un orden tal podría ser llamado orden duro. Pero, lo que es posible es un orden blando con prioridades *prima facie*³⁷⁶ que tenga como punto de partida la dignidad humana y los derechos originarios primarios, de entre los cuales, por la situación histórica imperante,...puede presentarse una prioridad *prima facie* de los principios de la libertad jurídica y de la igualdad jurídica, es decir, una carga argumentativa a favor de esos principios.³⁷⁷ Se puede ver la siguiente jurisprudencia que permite ejemplificar lo anteriormente dicho:

EQUIDAD TRIBUTARIA. CUANDO SE RECLAMA LA EXISTENCIA DE UN TRATO DIFERENCIADO RESPECTO DE DISPOSICIONES LEGALES QUE NO CORRESPONDEN AL ÁMBITO ESPECÍFICO DE APLICACIÓN DE AQUEL PRINCIPIO, LOS ARGUMENTOS RELATIVOS DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD.³⁷⁸

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé diferentes facetas de la igualdad y se refiere a ella tanto en un plano general como en el contexto de un ámbito material específico, sin establecer casos de excepción en su aplicación. Así, el artículo 31, fracción IV, constitucional proyecta las exigencias del principio de igualdad sobre el ámbito impositivo, es decir, la garantía de equidad tributaria es la manifestación del principio de igualdad en materia fiscal, por lo que no tiene menor o mayor valor que la igualdad garantizada en otros preceptos constitucionales. Por otra parte, debe tenerse presente que este Alto Tribunal ha

³⁷⁶ Alexy, Robert, op. cit., p. 549.

³⁷⁷ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

³⁷⁸ Novena Época Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXV, Enero de 2007, Tesis: 1a./J. 97/2006, p. 231, Tesis Jurisprudencia, Materia: Constitucional, Administrativa. Registro: No. 173569.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

delimitado el contenido de la garantía de equidad tributaria, precisando que ésta radica en la igualdad ante la misma ley tributaria de los sujetos pasivos de un mismo gravamen. En ese sentido, tratándose de disposiciones legales que no corresponden al ámbito específico de aplicación de la garantía de equidad tributaria -es decir, que no se refieren a contribuciones, exenciones o a la delimitación de obligaciones materialmente recaudatorias, así como en los casos de normas que tengan repercusión fiscal y sean emitidas por el Poder Ejecutivo- los argumentos que reclaman la existencia de un trato diferenciado o discriminatorio entre dos personas o grupos deben analizarse en el contexto más amplio, esto es, a la luz de la garantía de igualdad.

Amparo en revisión 1629/2004. Inmobiliaria Dos Carlos, S.A. de C.V. 24 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

Amparo en revisión 985/2005. Ernesto Mendoza Bolaños y otros. 7 de septiembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

Amparo en revisión 1914/2005. Operadora de Hoteles de Occidente, S.A. de C.V. y otras. 18 de enero de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

Amparo en revisión 459/2006. Mary Adriana Quezada Curiel. 10 de mayo de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

Amparo directo en revisión 1379/2006. Francisca Viveros Barradas. 4 de octubre de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

Tesis de jurisprudencia 97/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintidós de noviembre de dos mil seis.

Considero que nuestro sistema jurídico continuará sin un avance real, si en la conciencia de todos los jueces no se tiene bien arraigada la importancia de la dignidad humana y la capacidad de los principios generales del Derecho para protegerla. Se deben formar nuestros jueces en un ambiente propicio para valorar cada día más la dignidad humana y para entender la importancia de su función en lo que se refiere a la protección concreta de los derechos humanos a la luz de los principios jurídicos.

Del conocimiento de los principios generales del derecho y de sus relaciones con los derechos humanos se desprenden tres herramientas que serán de suma utilidad para el juzgador en el desempeño de su función: la primera exige que el juez considere que los derechos que cada principio protege no son ilimitados puesto que se limitan por su propia finalidad. La interpretación que el juzgador deberá, en lo que al alcance de los derechos se refiere, admitir que los derechos no son ilimitados y que, como ya se había dicho antes, se limitan por sus fines. La segunda consistirá en determinar el ámbito de aplicación de los derechos y por lo tanto el grado de realización de los principios que los contemplan. Y por último, es necesaria para el juzgador la consideración de que los derechos, siendo diferentes a los principios, son expresión y realización de la dignidad humana. En este sentido se puede confirmar que los principios son normas que expresan y protegen los derechos naturales del hombre, los cuales son la expresión de ese dominio radical³⁷⁹ que... es el distintivo del ser personal -en su radicalidad ontológica- y el fundamento de su dignidad.³⁸⁰

³⁷⁹ Hervada, Javier, op. cit., p.64.

³⁸⁰ Hervada, Javier, op. cit., Ídem.

3.4. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA UNIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO VIGENTE

Para poder entender el grado de utilidad que los principios jurídicos proporcionan al juzgador, es necesario entender el contexto en el cual se deben interpretar y por lo tanto, el modo y ámbito en el cual se aplicaran. Entendiendo que los principios son normas jurídicas y que su sentido puede variar en el caso concreto, es necesario que el juzgador no se ofusque y ante la obligación de resolver siempre a pesar de que la complicación circunstancial, fáctica o jurídica, presente estados de incertidumbre aparentemente insuperables. En este orden de ideas, el tratado sobre retórica y argumentación presentado por la Suprema Corte explica con claridad que; debe precisarse que para interpretar una norma jurídica, no puede establecerse una regla general que determine cuál es el método idóneo y aplicable, pues cada código o ley exigen una interpretación especial que atienda a la naturaleza o materia que regule, pues no pueden interpretarse de igual manera las leyes penales que las civiles o fiscales, las familiares o los agravios (sic) y que en cada caso, la labor jurisdiccional de interpretar la ley responde a la necesidad de resolver una controversia cuando surge la duda acerca del sentido y alcance de una norma jurídica, a fin de aplicarla a un caso concreto y que, por ello, no se trata de una simple operación lógica o gramatical, ni puede reducirse a una visión histórica, sino que con todos los elementos disponibles, debe buscarse la realización del fin perseguido por la norma, considerando que se trata, generalmente, de un sistema jurídico y que regula una situación social, económica o política, que debe ser atendida, de modo que por encima de cualquier regla de interpretación se halla la intuición de la justicia como fin último del derecho, que debe llevar a resolver sobre el sentido de la norma conforme a lo justo.³⁸¹ No se puede buscar la solución del caso con una visión limitada y desconectada de elementos que en ciertos momentos de la decisión jurisdiccional podrían ser cruciales en la determinación y protección de lo justo. Pueden ser elementos

³⁸¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 454.

jurídicos o fácticos los determinantes. Por eso el juez debe ser prudente, circunspecto y científico del derecho, lo que implica no solo tener experiencia de vida, sino también un criterio jurídico formado por un conocimiento del material normativo disponible y la habilidad necesaria para realizar una interpretación integral y funcional de dicho material. Con relación a lo anterior, los principios jurídicos, por su capacidad para sustentar las decisiones judiciales, apoyan al juzgador como material jurídico disponible y como guías o parámetros orientadores, no solo para interpretar integral y funcionalmente el mencionado material normativo, sino también para calificar jurídicamente los elementos fácticos y a que, si se considera que el fundamento del derecho es algo distinto de las propias ley es... necesariamente los principios han de cumplir con esta función fundamentadora, lo que supone que todo el ordenamiento jurídico debe estar inspirado en ellos.³⁸² Por esto nos dice Alexy que: Las razones de las otras múltiples propiedades de los principios son obvias. En tanto razones para reglas, a menudo técnicas, los principios permiten conocer su contenido valorativo más fácilmente que aquéllas; en tanto razones básicas para numerosas reglas, los principios tienen una importancia fundamental, por lo que respecta a su contenido, para el ordenamiento jurídico; su referencia a la idea del derecho resulta de un modelo de fundamentación que avanza de lo general a lo cada vez más especial; y el hecho de que como normas “surgidas naturalmente” puedan ser contrapuestas a las normas “creadas” se debe al hecho de que los principios no necesitan ser establecidos explícitamente sino que también pueden ser derivados de una tradición de normas detalladas y de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo debe ser el derecho.³⁸³ Sergio T. Azúa Rey es citando a Fix Zamudio expresa la funcionalidad directiva e integrativa de los principios jurídicos en un sistema jurídico: Los principios generales del derecho manifiestan su eficacia respecto del derecho positivo como fuerza ordenadora de las disposiciones jurídicas, medio orientador

³⁸² Beladiez Rojo, Margarita, op. cit., p. 101.

³⁸³ Alexy, Robert, op. cit., p. 104.

de la interpretación y como inagotable fuente de consejo para resolver las cuestiones no previstas por la ley y la costumbre.³⁸⁴ Así mismo, Del Vecchio afirma que los principios generales del derecho son la ratio iuris universal, que, junto con las normas particulares proporcionan congruencia intrínseca a las diversas partes de cualquier sistema jurídico de modo que el juzgador o cualquier jurista puede adueñarse -tomando en cuenta tanto los preceptos más generales como los más particulares- del espíritu interno de todo un sistema y con eso proceder en la resolución de casos concretos, evitando los errores a que fácilmente le conduciría la consideración aislada de los preceptos particulares o la sola consideración de los principios generales.³⁸⁵ La inseparable conexión entre un orden jurídico y la vida exige que no exista ninguna situación controvertida que no tenga una solución jurídica cierta por eso el juez siempre debe considerar, además de las normas particulares, los principios generales del Derecho.

ALBACEA. PROCEDENCIA DEL JUICIO DE RENDICIÓN DE CUENTAS DE ADMINISTRACIÓN, SEGUIDO EN SU CONTRA POR LOS HEREDEROS O LOS DIRECTAMENTE INTERESADOS, ANTE LA OMISIÓN DE CUMPLIR CON TAL OBLIGACIÓN EN EL TIEMPO EN EL QUE FUNJA O HAY A FUNGIDO CON TAL ENCARGO. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y ARMÓNICA DE LOS ARTÍCULOS 647 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y 1658 DEL CÓDIGO CIVIL, AMBOS DEL ESTADO DE VERACRUZ.³⁸⁶

El artículo 647 del código procesal civil vigente en el Estado señala que, entre otros, el albacea ya sea provisional, judicial o definitivo, está obligado a rendir dentro de los cinco primeros días de cada año de su mandato las cuentas de

³⁸⁴ Azúa Reyes, Sergio T., op. cit. p. 95.

³⁸⁵ Del Vecchio, Giorgio, op. cit., p. 61.

³⁸⁶ Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIV, Agosto de 2001, Tesis: VII.2o.C.78 C, p. 1175, Tesis Aislada, Materia: Civil. Registro: No. 189219.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

administración correspondientes al año anterior, pudiendo el Juez de oficio exigir el cumplimiento de tal deber; por su parte, el diverso numeral 1658 del código sustantivo de la materia, establece que dichas cuentas deben ser aprobadas por todos los herederos y que el inconforme podrá interponer el juicio respectivo para tal efecto. Por lo cual, una interpretación sistemática y conjunta de dichos preceptos legales, permite concluir que si el juzgador que conoce del procedimiento intestamentario puede de manera oficiosa, ante el supuesto de omisión del albacea, exigirle su cumplimiento, con mayor razón lo podrán hacer los directamente interesados, como serían los herederos, pues son ellos los que guardan principal interés en que los bienes que forman parte del caudal hereditario se encuentren correctamente administrados; además, acogiendo el principio general de derecho referente a que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, se colige válidamente que si los herederos pueden plantear juicio en contra del albacea, por encontrarse inconformes con las cuentas de administración, evidentemente podrán interponerlo ante la citada omisión de rendirlas, sin importar que éste hubiese sido removido de tal encargo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 230/2001. Eleuterio y Juan, ambos de apellidos García Jiménez. 19 de abril de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Galindo Arizmendi. Secretario: Omar Liévanos Ruiz.

Por lo que se puede estar de acuerdo con la afirmación de que; En realidad no hay un sometimiento radical del juez a la ley ya que la interpretación que realiza el juzgador cuando se vale de los principios generales de Derecho posibilita la aplicación del derecho a situaciones sociales no contempladas expresamente, debido a la imposibilidad de regular, por medio de la ley positiva, la infinidad de situaciones jurídicas que se plantean en la vida de los individuos y de las relaciones entre ellos mismos y las instituciones. Resultaría imposible acotar o

encerrar lo jurídico sólo en las disposiciones escritas cuando la realidad muestra es mucho más amplio.³⁸⁷

La exigencia de circunspección en el juzgador obliga al estudioso del derecho a detenerse en la perspectiva integral que dicho órgano aplicador debe tener con relación a lo jurídico, a la normatividad que debe dar forma a una sociedad determinada. De ahí que, cuando necesariamente se observan las normas jurídicas, se encuentre que están agrupadas y ordenadas en torno a un fin, el cual se encuentra expresado en los principios jurídicos. Es este el principal punto de contacto entre el orden de las normas, el criterio con el que se forma dicho orden y los principios jurídicos. Desde mi perspectiva, cuando se dice que un conjunto de elementos está agrupado con un criterio que los ordena y los conecta coherentemente con relación a un fin; se está en presencia de un sistema, por lo cual, es necesario estudiar lo que es un sistema, si se quiere saber el camino a recorrer por el juez para no perder de vista ningún elemento jurídico que le ayude a formar su decisión. Por eso, el concepto de sistema ha ocupado la mente de los hombres desde la antigüedad clásica. En la filosofía griega la noción que los estoicos (ojo) daban al vocablo griego sistema ovórnuā, designaba en primer lugar un orden especial del mundo. Se consideró a menudo que no sólo lo real estaba sometido a la ley, sino que también el pensamiento debe seguir el orden “sistemático”. A lo largo de su accidentada y rica evolución filosófica y semántica, el concepto de sistema se ha enriquecido en forma paulatina, tanto que para dar un seguimiento puntual de la misma se requeriría de un espacio extraordinario.³⁸⁸

Más adelante, en el mismo tratado, se especifica con claridad que; En el ámbito jurídico, se ha dicho con acierto que el fundamento de su existencia (del sistema)

³⁸⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Introducción a la retórica y la argumentación*, op. cit., p. 455, citando a Calvo García, Manuel (Coordinador), *Interpretación y argumentación jurídica*. Trabajos del seminario de metodología jurídica, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1995, p. 137 y ss.

³⁸⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Introducción a la retórica y la argumentación*, citando a Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Vol. IV, Barcelona, Ariel, 1994, 4 Vols., o, 3311 y ss., p. 459.

se encuentra en el hecho de que a fin de entender en forma correcta un precepto es necesario relacionarlo con todos los demás preceptos del ordenamiento o sistema ya que una norma considerada de manera aislada no es más que un elemento del sistema.³⁸⁹ Es un verdadero consejo para todos los jueces, el que se hace en las líneas anteriores, el cual es confirmado y profundizado en las siguientes; No debe olvidarse que la concepción intrínseca lleva a la equiparación entre ordenamiento y sistema, de ello se deduce que las normas del ordenamiento o, en su caso, de una parte del ordenamiento, constituyen una totalidad ordenada. Como resultado de esto, podrá interpretarse una norma oscura o integrarse una norma deficiente recurriendo al denominado espíritu del sistema, es decir, dirigiéndose más allá de lo que se desprendería de una interpretación exclusivamente literal.³⁹⁰ La congruencia intrínseca del sistema debe ser demostrada por el juez en sus decisiones con un manejo valorativo y técnico hábil del ordenamiento jurídico confrontando las normas particulares entre sí y también con los principios generales que con ellas se relacionan³⁹¹. Esta perspectiva, la sistemática, se puede llamar interna ya que limita considerablemente el poder discrecional del juzgador en el ejercicio de su función y con esto la posibilidad de decisiones arbitrarias producto de una visión parcial del sistema, surgida, a su vez, de una concepción positivista del orden jurídico.³⁹² Que se interprete y se acepte el ordenamiento jurídico en su conjunto no necesariamente implica aceptar indiscriminadamente todas sus partes, la unidad y congruencia del sistema es un apoyo para poder aclarar las dudas provenientes de normas particulares. Es más fácil, teniendo una perspectiva interna del sistema, encontrar normas particulares incongruentes o incompletas cuando, como se verá más adelante, se interpretan a la luz de los principios generales del derecho. Una prueba de lo anterior se puede ver en la siguiente tesis:

³⁸⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., Ídem.

³⁹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 460.

³⁹¹ Del Vecchio, Giorgio, op. cit., p. 61.

³⁹² Del Vecchio, Giorgio, op. cit., p. 316.

CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTICULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 9o. CONSTITUCIONAL.³⁹³

La libertad de asociación consagrada por el artículo 9o. constitucional es el derecho de que gozan los particulares, tanto personas físicas como personas jurídico- colectivas, para crear un nuevo ente jurídico que tendrá personalidad propia y distinta de la de sus asociados. Tal derecho es violado por el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria, al imponer a los comerciantes e industriales cuyo capital manifestado ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sea de dos mil quinientos pesos en adelante, la obligación de inscribirse en la cámara correspondiente en el curso del mes siguiente a la iniciación de sus actividades o dentro del mes de enero de cada año, advertidos de que, de no hacerlo, se les sancionará con una multa que en caso de reincidencia será duplicada y que no les liberará del cumplimiento de esa obligación. Ahora bien, si la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. de la Constitución es un derecho de los gobernados, la esfera de protección derivada de la garantía constitucional de que se trata puede operar en tres posibles direcciones: 1o. derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; 2o. derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella; y 3o. derecho de no asociarse. Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie; no podrá restringir su derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, ni, tampoco, podrá obligarlo a asociarse. Consecuentemente, el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria al imponer la obligación a los comerciantes e industriales de afiliarse a la cámara correspondiente, viola la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. constitucional.

³⁹³ Octava Época Instancia: Pleno, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Tomo: 60, Diciembre de 1992, Tesis: P. CII/92, p. 29, Tesis Aislada, Materia: Constitucional. Registro: No. 205598.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecisiete de noviembre en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Ley va, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número CII/92, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, a dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Nota: Este criterio ha integrado la jurisprudencia P./J. 28/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, octubre de 1995, página 5, de rubro: "CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 9o. CONSTITUCIONAL."

Pero antes de determinar cómo pueden funcionar los principios jurídicos en una visión sistemática (interna) por parte de los jueces, es necesario entender, conforme a la doctrina, las notas esenciales de todo sistema jurídico; Es importante destacar que de la concepción sistemática del ordenamiento jurídico se derivan las notas de unidad, plenitud y coherencia que lo caracterizan.

Las exigencia de unidad y coherencia del mismo determinan la necesidad de interpretar sistemáticamente las normas que lo componen. Esto supone, en una

primera consideración, que no pueden existir normas contradictorias entre sí. El carácter sistemático del ordenamiento jurídico y el principio de coherencia inherente al mismo exigen solventar las antinomias y contradicciones que puedan aparecer. Una segunda consideración debe notar que uno de los elementos más importantes derivados del carácter sistemático de la propia fuente de la producción normativa. Esto es, el legislador ordena (o pretende ordenar) de modo sistemático su discurso legislativo y ese orden debe ser tenido en cuenta en la interpretación jurídica.

Al configurarse el ordenamiento de manera sistemática, la interpretación de las normas jurídicas debe tenerlo en cuenta y atribuir el significado de cada precepto teniendo en cuenta el conjunto de los que forman parte del mismo texto legal, de esa rama del ordenamiento jurídico o del propio sistema en su conjunto.³⁹⁴ En lo que se refiere a la nota de la unidad, Del Vecchio reconoce que todo sistema jurídico es un todo único y homogéneo en el cual no es aplicable un principio incongruente con el mismo pues todas las normas están relacionadas como un verdadero organismo lógico. Por su peso y generalidad los principios generales del derecho (los de máxima generalidad y aplicabilidad) son comunes a todo ordenamiento jurídico existente y deben ser capaces de complementar y dirigir las disposiciones particulares, esos principios no son privilegio ni característica propia de un solo pueblo; son “verdades supremas del derecho *in genere*, o sea aquellos elementos lógicos y éticos del derecho que, por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos”³⁹⁵. Considero que es extraño, principalmente en el mundo occidental, encontrar que, principios protectores de derechos originarios, sean incongruentes con algún sistema jurídico. Esto debido a que en la mayoría de los sistemas democráticos, las constituciones presentan coincidentemente, con relación a la protección de los derechos naturales originarios, una serie de principios jurídicos a la luz de los cuales, se ordenan, se integran, se interpretan y se aplican los ordenamientos jurídicos vigentes. En el

³⁹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 460.

³⁹⁵ Del Vecchio, Giorgio, op. cit., p. 49.

caso de los principios jurídicos no consignados en la Constitución de algún país podrá, desde mi punto de vista, determinarse su congruencia con el sistema en su conjunto, cuando se interpretan y se comparan con el espíritu constitucional, el cual puede ser descubierto, mediante una atenta interpretación del conjunto de los principios constitucionales, todo en un marco argumentativo; -siempre que se trate de sistemas de tipo democrático constitucional occidentales- los derechos fundamentales juegan un papel importante en los sistemas jurídicos, por lo menos desde un punto de vista substancial. En esos sistemas jurídicos, el papel de los derechos fundamentales se debe a la práctica jurídica y dentro de la práctica jurídica éste se manifiesta en el razonamiento práctico. Desde un punto de vista crítico se podría decir que los derechos fundamentales deben ser promovidos por la práctica jurídica e institucionalizados por la decisión política.³⁹⁶ Lo expresado por Alexy confirma la intención del presente trabajo de investigación con relación a la promoción de la utilidad y de la funcionalidad sistemática de los principios jurídicos en la labor jurisdiccional y a su imprescindible inserción en el razonamiento práctico jurídico formado por la argumentación jurídica. Para encontrar el espíritu de un orden jurídico o de un ordenamiento jurídico es necesario interpretar sistemáticamente las normas que los componen exponiendo los argumentos que permiten decidir en un sentido u otro. Una prueba práctica de esto y de la manera de interpretar sistemáticamente los principios jurídicos constitucionales son las siguientes tesis y alguna jurisprudencia:

³⁹⁶ Alexy, Robert, op. cit., p. 29,

LEYES FISCALES. SU INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA NO CONTRAVIENE EL PRINCIPIO DE APLICACIÓN ESTRICTA QUE LAS RIGE.³⁹⁷

La circunstancia de que sean de aplicación estricta determinadas disposiciones de carácter tributario, no impide al intérprete acudir a los diversos métodos que permitan conocer la verdadera intención de quien las creó, cuando de su análisis literal -en virtud de las palabras utilizadas- se genere incertidumbre sobre su significado; de ahí que si se hace una interpretación sistemática de diversas disposiciones, no se contraviene el principio de aplicación estricta que rige las leyes fiscales, tal como lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 364/2005. Promociones La Silla, S.A. de C.V. 9 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo López Pérez. Secretario: Ricardo Alejandro Bucio Méndez.

³⁹⁷ Novena Época Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIV, Agosto de 2001, Tesis: 2a. CXXVIII/2001, p. 227, Tesis Aislada, Materia: Constitucional. Registro: No. 189108.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

DIVISIÓN DE PODERES. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL TEXTO ORIGINAL DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RELATIVA A QUE EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE DEPOSITARSE EN UN INDIVIDUO.³⁹⁸

De la interpretación sistemática del texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de cinco de febrero de mil novecientos diecisiete, se advierte que el principio de división de poderes previsto en su artículo 49, párrafo primero, no se estableció atendiendo a un criterio material, precisando en forma abstracta que el Supremo Poder se divide, para su ejercicio, en tres funciones, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, sino que a la vez que se consagró ese principio, al fijar las atribuciones de los tres poderes, se les confirieron, indistintamente, atribuciones que materialmente corresponden a un diverso poder, reservándose a los Poderes Legislativo y Judicial la potestad para emitir, respectivamente, los actos materialmente legislativos y judiciales de mayor jerarquía en el orden jurídico nacional, circunstancia que se explica por el hecho de que históricamente se había buscado fortalecer a estos dos poderes con el fin de establecer un equilibrio entre ellos y el presidente de la República, jefe de Estado y de gobierno en nuestro sistema constitucional. En esos términos, el Constituyente otorgó al Poder Legislativo la potestad para emitir los actos materialmente legislativos de mayor jerarquía, por un lado, respecto de la legislación interna emitida por éste, se reconoció su especial jerarquía al incorporarse en el inciso f) del artículo 72 de la Ley Fundamental, el principio de autoridad formal de las leyes y por otro, en relación con los tratados

³⁹⁸ Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXIII, Mayo de 2006, Tesis: P. CII/92, p. 1795, Tesis Aislada, Materia: Administrativa. Registro: No. 175057.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

internacionales celebrados por el titular del Ejecutivo Federal, su validez en el orden jurídico nacional se condicionó a su ratificación por parte del Senado de la República. Además, tratándose del Poder Judicial, en los artículos 105 y 107 se confirió al órgano de mayor jerarquía dentro del mismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la atribución para emitir las resoluciones judiciales de mayor rango en el orden jurídico nacional. Por otra parte, en la propia Constitución se establecieron excepciones al principio general consistente en que a cada uno de esos dos poderes les correspondería emitir los actos propios de su función, de mayor jerarquía; así, en el caso de la facultad para emitir actos formalmente legislativos, como única excepción se determinó que el presidente de la República podría expedirlos en los casos previstos por el artículo 29 constitucional, en tanto que tratándose de la función judicial, en el diverso 111 se dispuso que tanto a la Cámara de Diputados como al Senado, correspondería emitir resoluciones materialmente jurisdiccionales inatacables, tratándose de declaraciones en las que se determinara privar de su puesto o inhabilitar a un alto funcionario de la Federación por la comisión de un delito oficial. En complemento a ese sistema, en virtud de que no fue intención del Constituyente reservar a cada uno de los tres poderes la emisión de actos propios de sus respectivas funciones, en aras de permitir el funcionamiento de los propios órganos y a la vez lograr un equilibrio de fuerzas y un control recíproco que garantizara la unidad política del Estado en beneficio del pueblo mexicano, se estableció un mecanismo de colaboración basado en dos medios: por un lado, se exigió la participación de dos de los poderes para la validez de un acto y , por otro, se otorgó a los poderes facultades para emitir actos que materialmente no les corresponden, pero que no por ello tendrían el mismo rango que los actos formalmente legislativos o judiciales; por lo que ve al primero de esos medios destaca que conforme a lo previsto en el artículo 73, fracción XXX, de la Norma Fundamental, la Cámara de Diputados debía examinar la cuenta que anualmente le presentara el Ejecutivo, en cuanto al segundo, en los diversos 89, fracción I y 73, fracción XVI, base 1a., al presidente de la República se le dotaba en la propia Constitución de la facultad para emitir reglamentos y al Consejo General de Salubridad, subordinado al titular del

Ejecutivo, para emitir disposiciones generales en materia de salubridad, atribuciones materialmente legislativas que no constituyen una excepción a la prohibición contenida en el párrafo segundo del artículo 49 en cita, dado que en ambos casos se trata del otorgamiento en la propia sede constitucional de la facultad para expedir disposiciones generales sujetas al principio de supremacía de la ley ; en tanto que, tratándose de la facultad materialmente jurisdiccional, en el artículo 123, fracción XX, se dotó de facultades de esta naturaleza a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, cuyas determinaciones podrían sujetarse por los gobernados al tamiz del Poder Judicial de la Federación. En tal virtud, debe estimarse que el Constituyente de 1917 al establecer el principio de división de poderes buscó dividir el ejercicio del poder entre diversos órganos o entes que constitucionalmente se encuentran a un mismo nivel, con el fin de lograr los contrapesos necesarios que permitan un equilibrio de fuerzas y un control recíproco y , además, atribuir a los respectivos poderes, especialmente al Legislativo y al Judicial, la potestad necesaria para emitir los actos que materialmente les corresponden, de mayor jerarquía, por lo que si al realizarse la división de poderes el Constituyente en ninguna disposición reservó al Poder Legislativo la emisión de la totalidad de los actos materialmente legislativos, al Ejecutivo los actos materialmente administrativos, o al Judicial, los materialmente jurisdiccionales, no existe sustento alguno para sostener que se transgrede el principio en comento por el hecho de que en un acto formalmente legislativo se confiera a una autoridad administrativa o judicial, la facultad de emitir disposiciones de observancia general, pues ello no implica, ni transitoriamente, que las facultades reservadas constitucionalmente al Poder Legislativo se depositen en un individuo o que se reúnan dos o más de los poderes en una sola persona o corporación.

Amparo en revisión 1162/96. Xocongo Mercantil, S.A. de C.V. 10 de noviembre de 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Amparo en revisión 49/2001. Gerardo Kawas Seide. 29 de junio de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

EQUIDAD TRIBUTARIA. CUANDO SE RECLAMA LA EXISTENCIA DE UN TRATO DIFERENCIADO RESPECTO DE DISPOSICIONES LEGALES QUE NO CORRESPONDEN AL ÁMBITO ESPECÍFICO DE APLICACIÓN DE AQUEL PRINCIPIO, LOS ARGUMENTOS RELATIVOS DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD.³⁹⁹

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé diferentes facetas de la igualdad y se refiere a ella tanto en un plano general como en el contexto de un ámbito material específico, sin establecer casos de excepción en su aplicación. Así, el artículo 31, fracción IV, constitucional proyecta las exigencias del principio de igualdad sobre el ámbito impositivo, es decir, la garantía de equidad tributaria es la manifestación del principio de igualdad en materia fiscal, por lo que no tiene menor o mayor valor que la igualdad garantizada en otros preceptos constitucionales. Por otra parte, debe tenerse presente que este Alto Tribunal ha delimitado el contenido de la garantía de equidad tributaria, precisando que ésta radica en la igualdad ante la misma ley tributaria de los sujetos pasivos de un mismo gravamen. En ese sentido, tratándose de disposiciones legales que no corresponden al ámbito específico de aplicación de la garantía de equidad tributaria -es decir, que no se refieren a contribuciones, exenciones o a la delimitación de obligaciones materialmente recaudatorias, así como en los casos de normas que tengan repercusión fiscal y sean emitidas por el Poder Ejecutivo- los argumentos que reclaman la existencia de un trato diferenciado o

³⁹⁹ Novena Época Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXV, Enero de 2007, Tesis: 1a./J. 97/2006, p. 231, Tesis Jurisprudencia, Materia: Constitucional, Administrativa. Registro: No. 173569.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

discriminatorio entre dos personas o grupos deben analizarse en el contexto más amplio, esto es, a la luz de la garantía de igualdad.

Amparo en revisión 1629/2004. Inmobiliaria Dos Carlos, S.A. de C.V. 24 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

Amparo en revisión 985/2005. Ernesto Mendoza Bolaños y otros. 7 de septiembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

Amparo en revisión 1914/2005. Operadora de Hoteles de Occidente, S.A. de C.V. y otras. 18 de enero de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

Amparo en revisión 459/2006. Mary Adriana Quezada Curiel. 10 de mayo de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

Amparo directo en revisión 1379/2006. Francisca Viveros Barradas. 4 de octubre de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

Tesis de jurisprudencia 97/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintidós de noviembre de dos mil seis.

Considero que la interpretación jurídica que trata de evitar la arbitrariedad del órgano aplicador, solo puede ser válida cuando se realiza desde una perspectiva sistemática del orden jurídico vigente dirigida por los principios jurídicos, mediante la exigencia ordinaria a los jueces de legalidad de argumentación jurídica práctica;

y mediante la exigencia extraordinaria a los jueces encargados del control constitucional, de argumentación iusfundamental.⁴⁰⁰

La perspectiva sistemática se ordena, en lo práctico, a decidir casos concretos con justicia y en su caso con equidad; en el caso de la justicia permite, dicha perspectiva, confirmar la interpretación que se hace sobre una norma y en el de la equidad permite completar la norma jurídica que no alcanza a cubrir determinadas situaciones fácticas. Para descubrir que es lo justo y que es lo equitativo es necesario interpretar las normas jurídicas particulares de conformidad con el sistema jurídico mediante la argumentación sistemática.⁴⁰¹

MILITARES. PARA RESOLVER SOBRE SU RETIRO DEL ACTIVO POR DETECCIÓN DEL VIH, DEBE ESTARSE A LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA, CAUSAL TELEOLÓGICA Y POR PRINCIPIOS DE LOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN.⁴⁰²

Conforme al artículo 197, en relación con el diverso 22, fracción IV, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas abrogada, se declarará la procedencia del retiro del activo de un militar por quedar inutilizado en actos fuera del servicio. Ahora bien, tales disposiciones son insuficientes para declarar el retiro del militar cuando resulta positivo a las pruebas del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) porque no regulan de manera específica esta situación, de manera que para resolver el asunto y lograr una mayor protección de los derechos fundamentales, debe acudir a la interpretación de los dispositivos constitucionales (desarrollados en diversas leyes federales y tratados

⁴⁰⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 553.

⁴⁰¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, p.42.

⁴⁰² Novena Época Instancia: Primera Sala, Fuente: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo: XX, Octubre de 2004, Tesis: I.4o.A.438 A, p. 2363, Tesis Aislada, Materia: Administrativa. Registro: No. 180322.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

internacionales de los que México es parte) que protegen el derecho a la salud, a la permanencia en el empleo y a la no discriminación. Cabe señalar que la interpretación implica la búsqueda en el ordenamiento jurídico de la regla adecuada para resolver la insuficiencia normativa. En el caso debe atenderse a la interpretación sistemática, causal teleológica y por principios. La primera, que parte de considerar al ordenamiento jurídico nacional como un sistema, busca el sentido lógico objetivo de la norma en conexión con otras que existen dentro del mismo, es decir, la norma no debe aplicarse aisladamente sino en su conjunto, pues se encuentra condicionada en su sentido y alcance por las demás normas del sistema del cual forma parte. El método causal teleológico busca establecer las causas y los fines de la norma mientras que el de interpretación por principios, pretende descubrir los postulados que persiguen la realización de algo como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 799/2003. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.

Nota: Por ejecutoria de fecha 11 de noviembre de 2005, la Segunda Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 165/2005-SS en que participó el presente criterio.

Con las tesis y jurisprudencias puestas se puede ver como sirven de apoyo los principios en el momento de argumentar sistemáticamente. Dichos principios se insertan en los razonamientos, dirigiendo la vinculación que el juzgador hace entre las diversas normas jurídicas con la finalidad de obtener resoluciones justas y equitativas, que no por tener un rango de discrecionalidad en la valoración de dichas normas son arbitrarias.

Nos dice Santo Tomás que la función de la epiqueya, que entre nosotros se llama equidad..., no pasa por alto lo justo en su noción universal, sino lo justo establecido en una ley particular.- Ni tampoco es opuesta a la severidad, que cumple la ley en su verdadero rigor cuando se debe. En cambio, cumplir la letra de la ley cuando no se debe es pecado. Por eso dice el Código: “sin duda alguna falta a la ley quién se apoya en la letra de la ley para obrar en contra del espíritu de la ley misma”... Se juzga sobre una ley cuando se dice que está mal dada. Decir, en cambio, que no se debe observar la letra de la ley en esta circunstancia, no es juzgar de ella, sino del caso concreto que se presenta... La interpretación se da en los casos dudosos, en los que no es lícito apartarse de la letra de la ley sin la determinación de la autoridad. En los casos evidentes, por el contrario, no se precisa interpretación de lo mandado, sino ejecutarlo.⁴⁰³ De lo dicho por el Santo se desprende que el espíritu del orden jurídico y de lo justo universal (que podría ser reconocido en los principios jurídicos), debe orientar la labor interpretativa e integradora del juez y que la autoridad, en este caso el juez, debe argumentar sistemáticamente para justificar su decisión, cuando en determinada circunstancia, se ha de pasar sobre la letra de la ley sin juzgar de ella⁴⁰⁴, todo con la finalidad de que en el caso concreto no se incurra en un absurdo y con esto en una injusticia. Como es necesario que se presenten razones suficientes que sustenten la solución de un caso difícil, considero conveniente que se les nombre argumentos sistemáticos a dichas razones, debido a que solo desde una perspectiva sistemática iluminada por los principios jurídicos y por lo tanto, unificada y coherente, se resolverán los conflictos de conformidad con el espíritu de un determinado orden jurídico. Por eso se dice que: Al pensar en el argumento sistemático debe pensarse que engloba tres argumentos que son el argumento a *coherentia*, (interpretación de los enunciados legales teniendo en cuenta que no pueden expresar normas incompatibles entre ellas); el argumento *sedes materiae*,

⁴⁰³ De Aquino, Tomás, op. cit., II-II, 120, 1. p.609.

⁴⁰⁴ En este punto considero que Santo Tomás se refiere a la importancia central del principio de legalidad, el cual, nunca se contrapone, cuando se realiza una ponderación correcta en el caso concreto, ni con los demás principios jurídicos ni con las decisiones equitativas.

(atribución de significado a un enunciado dudoso teniendo en cuenta el lugar que ocupa en el texto normativo del que forma parte); y el argumento sistemático en sentido estricto (atribución de significado de acuerdo con el contenido de otras normas, o contexto jurídico).⁴⁰⁵

El argumento sistemático en sentido estricto es aquel que para la atribución de significado a un precepto tiene en cuenta el contenido de otras normas o su contexto jurídico).⁴⁰⁶

El argumento sistemático en sentido estricto es aquel que para la atribución de significado a un precepto tiene en cuenta el contenido de otras normas o su contexto jurídico. Las razones que apoyan la interpretación sistemática son fundamentalmente cuatro:

- I La conexión material entre preceptos que regulen la misma materia.
- II Las razones lógicas que apelan a la unidad íntima de conexión de los apartados de un artículo.
- III Los motivos gramaticales, que exigen tomar en consideración la totalidad del artículo para entender o interpretar una parte.
- IV Las razones históricas o los antecedentes doctrinales.⁴⁰⁷

Lo anterior me permite localizar tres momentos en que, desde mi punto de vista, los principios jurídicos se insertan en la interpretación sistemática:

- 1.- Cuando se realiza la conexión material entre preceptos que norman determinada materia;
- 2.- En el momento en que el juez busca la finalidad de una norma inserta en un determinado ordenamiento jurídico;
- 3.- Siempre que el juzgador busca motivos doctrinales, históricos o éticos de un orden jurídico.

⁴⁰⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Introducción a la retórica y la argumentación*, citando a Rodríguez Grez, Pablo, *Teoría de la interpretación jurídica*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990, cit., nota, 138, p. 461.

⁴⁰⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. Cit., Ídem.

⁴⁰⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. Cit., p. 462.

El argumento sistemático en sus distintas especies es uno de los más usados por el Poder Judicial de la Federación y por los tribunales del Fuero Común y en general, por todos los sistemas jurídicos romano canónicos.⁴⁰⁸ Desde mi perspectiva es cierta la anterior afirmación, sin embargo, muchos jueces mexicanos, principalmente los que pertenecen a Tribunales Locales carecen de habilidad para realizar la interpretación sistemática a la luz de los principios jurídicos en razón de su falta de especialización y de que no reflexionan sobre la invaluable utilidad práctica de dichos principios.

3.5.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SU INFLUENCIA EN LA FUNCIÓN JUDICIAL.

¿En que difiere lo que hace el juez de lo que hace el legislador? Todo está dicho cuando se afirma que el juez está más próximo a las partes (entre las cuales el juez se interpone realizando una labor de mediador) que el legislador, hasta el punto de que ellas colaboran con él. Esta proximidad, incluso esta colaboración le permite conocer mejor sus intereses y el conflicto entre estos, a resolver el cual según la justicia está dirigido por la ley.⁴⁰⁹ Tanto el legislador como el juez son órganos y exactamente igual sucede con el funcionario o la autoridad administrativa. Y en la medida en que son órganos están sometidos, en su actuación, a normas jurídicas materiales y de procedimiento previstas para ellos. Ahora bien, no se puede dejar de ver una diferencia esencial entre el legislador y el juez –o el funcionario administrativo-, consistente en que mientras que la función del legislador es, sobre todo, ordenar en su conjunto la vida social, esto es, “planificarla!” o “configurarla”, la del juez y la del funcionario administrativo es resolver los conflictos concretos. La decisión del legislador es de contenido abstracto y general, a la que puede preceder y es conveniente que preceda, un estudio detenido de los problemas que el acto legislativo trata de encauzar y de

⁴⁰⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. Cit., Ídem.

⁴⁰⁹ Carnelutti, Francesco, op. cit., p.96.

los contenidos de justicia que se incluirán en la norma jurídica; pero precisamente por su carácter de generalidad no hay necesidad o capacidad para comprender exhaustivamente aspectos concretísimos de problemas o conflictos particulares; si la legislación fuese tan perfecta que llegase a prever todos los actos que los hombres pueden cumplir y , a su vez, los hombres tan prudentes que supiesen hacer una comparación exacta entre los hechos y las hipótesis y tan firmes que pudieran determinar su conducta según tal juicio, el derecho podría agotarse en la ley ; en otros términos, el legislador sustituiría al juez. . imposible de verificarse en la realidad⁴¹⁰. Todo lo contrario sucede en la realidad en el caso de la función judicial. Por eso dice Robert Alexy que; como lo muestran tanto la experiencia histórica como las reflexiones conceptuales, los procedimientos legislativos no pueden nunca establecer de antemano para cada caso exactamente una solución.⁴¹¹ La decisión del legislador es de contenido abstracto y general, a la que puede el fin configurar en su conjunto la vida social; tiene como ya se había dicho alcance político y jurídico directamente. Pero la función judicial, cuya mejor expresión es la jurisdiccional consistente en la actividad tendencialmente cognoscitiva de aplicación de la ley⁴¹², principalmente mira este o aquel problema individualísimo, cuya solución exige un conocimiento detallado de todos los lados del caso.

El proceso ante el juez constituye en el marco en el que se habla sobre el dinamismo del sistema jurídico vigente (el que tiene vigencia en la vida cotidiana). Juzgar es un avance falible que necesita un ámbito de la misma naturaleza para desarrollarse el cual es el proceso; de aquí que la palabra “proceso”, derivada del latín *processus*, significa “acción de ir hacia delante”, pero por ella también se entiende “transcurso del tiempo”... De conformidad con lo anterior, puede definirse proceso como el conjunto de actos regulados por la norma que, a través de diversas fases y dentro de un lapso específico, llevan a cabo dos o más sujetos

⁴¹⁰ Carnelutti, Francesco, op. cit., p. 19.

⁴¹¹ Alexy, Robert, op. cit., pp. 531-532.

⁴¹² Carbonell, Miguel, op. cit., p. 109.

entre los que ha surgido una controversia, a fin de que un órgano del Estado con facultades jurisdiccionales aplique las normas jurídicas necesarias para resolver dicha controversia, mediante una decisión revestida de fuerza y permanencia, normalmente denominada sentencia⁴¹³. Este proceso no es otra cosa que ir adelante pasando de una fase a otra tratando de disminuir la falibilidad de los juicios que en él se desarrollan. En el proceso diferentes sujetos emiten juicios sobre diferentes objetos, los cuales, teniendo como referencia y como centro lo humano, se presentan en diferentes fases y de diferentes maneras, lo que inunda de complejidad esta materia y el estudio de las relaciones entre sus partes o entre estas y el todo. La ciencia procesal está estructurada sobre tres ejes principales que son la jurisdicción, la acción y el proceso, de los cuales los dos primeros son las fuerzas principales que mueven el mecanismo procesal⁴¹⁴ y el tercero, el proceso, es la conjunción de los dos primeros (jurisdicción y acción) cuya realización se da por medio del trabajo del juez, de sus auxiliares y de las partes. El juez con jurisdicción y las partes con acción en un vínculo de racionalidad que aspira a administrar justicia en un marco institucional. En este marco se desenvuelve la función jurisdiccional que según el eminente procesalista Eduardo J. Couture, es realizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada elementalmente factibles de ejecución.⁴¹⁵ Y si se profundiza un poco se encontrara que al juzgar se presenta el atrevimiento de determinar el derecho de seres humanos que siendo iguales que el juez deben ser afectados de algún modo por él, lo cual implica verdadera vocación de servicio que busca siempre proteger,

⁴¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las pruebas en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Colección Figuras procesales constitucionales, 3, México, 2005, pp. 16-17.

⁴¹⁴ Carnelutti, Francesco, op. cit., p. 82.

⁴¹⁵ Zorrilla, Jorge Alberto, *Apuntes de Derecho Procesal*, 2003.

de una u otra forma la dignidad humana. De la labor jurisdiccional, se desprenden tres funciones básicas de la jurisdicción: la *notio* o conocimiento de la controversia⁴¹⁶ en la que se avanza prudentemente reconstruyendo y valorando los hechos mediante las normas jurídicas y las pruebas, que son instrumentos necesarios, tanto para conocer la realidad de una situación, como para preparar un juicio decisorio; la segunda función es el *iudicium* o facultad de decidir la controversia⁴¹⁷ emitiendo un juicio o una serie de juicios que implican un salto más allá del límite⁴¹⁸, pues no se trata, de que el juez juzgue una cosa sino de juzgar a otro hombre⁴¹⁹, lo cual, le obliga (al mencionado juzgador) a reflexionar sobre la tremenda responsabilidad de administrar justicia, por lo que Carnelutti nos asegura que: el juez, para juzgar, tiene necesidad... de conocer la vida del hombre en todas sus intimidades⁴²⁰, especialmente las que se refieren a su dignidad y a sus derechos; la tercera función es la *executio* o potestad de ejecutar lo decidido⁴²¹ o sentenciado para que por fin, en lo concreto, en la práctica, se realice la justicia dándole a cada quién su derecho aunque sea de manera forzada.

La dificultad que acarrea el desempeño de la función jurisdiccional ha exigido y exige el desenvolvimiento y perfeccionamiento de un conjunto de técnicas y de cualidades humanas cuya finalidad es encontrar la decisión más adecuada al caso planteado. En torno a los medios adecuados de la aplicación del orden jurídico, ha tenido lugar una profunda discusión, que en sí, ciertamente no terminará, pero que no por eso es menos necesaria ya que pone de manifiesto las diversas posibilidades de la tarea interpretativa y aplicativa. La aplicación judicial del ordenamiento jurídico supone la interpretación, hasta el punto que puede decirse que aquella es continuación de ésta. Pero esta interpretación, en la aplicación del orden jurídico, no puede equipararse a la de las disposiciones cuya finalidad es

⁴¹⁶ Zorrilla, Jorge Alberto, Ídem.

⁴¹⁷ Zorrilla, Jorge Alberto, Ídem.

⁴¹⁸ Carnelutti, Francesco, op. cit., p. 53.

⁴¹⁹ Carnelutti, Francesco, op. cit., p. 52.

⁴²⁰ Carnelutti, Francesco, op. cit., p. 56.

⁴²¹ Zorrilla, Jorge Alberto, op. cit., nota 403.

“exponer” pura y simplemente los contenidos del sentido de las normas jurídicas existentes. En el primero de los casos hay que decidir y por lo tanto, crear una norma nueva individualizada mediante un discurso argumentativo en un contexto ético y sistemático; en el segundo, por el contrario, no hay que decidir sino tan sólo plasmar congruentemente contenidos justos y congruentes. Tanto en la función del *notio*, del *iudicium* y del *executio*, debe guiarse y limitarse la discrecionalidad de los jueces mediante los principios generales del derecho porque su alcance y aplicabilidad los vinculan directa o indirectamente con cualquier norma jurídica perteneciente al sistema jurídico de que se trate, con cualquier juicio realizado sobre un hecho concreto o con cualquier realización práctica vinculada con un juicio que aspira a ser justo. Siendo los principios jurídicos criterios con un contenido justo vinculado directamente con los derechos humanos deben ponerse en práctica, existe la seguridad de que tienen la capacidad de realizar su contenido en la realidad, ajustando el orden jurídico vigente a los problemas vitales de cualquier época, que es propiamente donde tienen (los principios y la normatividad sistemáticamente ordenada) su asiento. En el intento de encontrar el sentido de las normas jurídicas y de resolver problemas concretos cuyas circunstancias son variadísimas es importante que los jueces seleccionen razones jurídicas apropiadas con la orientación de principios jurídicos, pues con esto serán capaces de conformar argumentaciones que se vinculen congruentemente con los valores jurídicos *insitos* en un orden jurídico. Para lograr la argumentación y la necesaria justificación de la decisión los jueces deben vivir en contacto permanente y atender tanto a los principios jurídicos constitucionales como a los que son congruentes y complementarios de dichos preceptos, puesto que, a dichos órganos, se les presenta la exigencia de no violar bajo ningún pretexto los derechos humanos. Sucede que los principios jurídicos se vinculan directamente tanto con los ordenamientos jurídicos y su posición en el sistema jurídico, como con los derechos humanos, lo cual permite que el juez busque integralmente y desde una perspectiva jurídica, la solución a una determinada controversia.

CAPÍTULO IV

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS

4.1. LA DECISIÓN JUDICIAL, UN PROBLEMA ÉTICO EN LOS JUECES

Que la ciencia jurídica, la ética y el sistema jurídico convivan y resuelvan mediante los jueces conflictos de intereses, no significa necesariamente que lo hagan de y para dichos conflictos sino, en sentido opuesto, que los mismos conflictos son, o al menos pueden plantear una prueba al dinamismo y vitalidad del orden social. Los encargados de vencer concretamente protegiendo los derechos de cada quién, en dichas pruebas, son los jueces.

El juez constituye el punto central del orden jurídico ya que sus decisiones se llevan a cabo de frente a la resolución de conflictos entre personas esencialmente iguales a él, de ahí el conflicto ético presentado ante el juez en la exigencia de decidir conflictos; “*Nolite iudicare*”, en verdad, se ha dicho sí, para percibir en torno a la insuficiencia de cualquier juicio y por consiguiente del pensamiento, sin límites ni reservas; pero quien lo ha dicho se ha referido sobre todo a los juicios sobre el hombre. ¿Y por qué? El juicio postula un desnivel, entre el juzgador y el que es juzgado: *superior stabat lupus, inferior agnus*. Cuando se opone el *homo iudicans* a la *res iudicanda*, la fórmula expresa propiamente, con la diferencia entre *homo* y *res*, tal desnivel. Pero si bajo el velo de la *res iudicanda* se descubre al *homo*, el desnivel desaparece. ¡Cuántas veces se ha apreciado al contacto del defensor... con el juez, un impulso de rebelión, impulso que no era otra cosa sino la conciencia de paridad con él!

En este punto vienen a la memoria ciertas reflexiones ya señaladas, en torno al concepto de parte y a la parcialidad del hombre. Cuando se dice *homo iudicans* se

hace entender que una parte juzga a otra parte. Tal es el significado de la admonición de Cristo a los jueces de la adúltera: "quién esté libre de pecado que tire la primera piedra"; para juzgar, el juez debería estar sin pecado; pero ¿Hay hombre sin pecado?... Puesto que juzgar es necesario, hay que encontrar al hombre digno de juzgar. Todos los medios excogitados a este respecto para la elección del juez deben ser considerados desde este punto de vista. Puesto que un hombre que no sea parte no existe, la solución está en encontrar quién sea parte lo menos posible. El problema del juez se inserta, por tanto, en el problema del desarrollo de la personalidad, el cual es el desarrollo que transforma al individuo en la persona. El juez debería ser elegido entre aquellos que se encuentran en el punto más alto de este desarrollo... Conviene reflexionar que no solo la *res iudicanda* es, propiamente, un *homo iudicandus* sino, más bien son dos hombres, esto es, las dos partes, las cuales en el proceso contencioso están sobre la escena...⁴²² Las sabias palabras de Carnelutti hacen fijar la mirada en la humildad y en la magnanimidad, virtudes que sustentan, en última instancia, los principios de imparcialidad y de independencia, los cuales, colocan al juez en una posición... frente a las partes. Tal posición que recibe el nombre de imparcialidad se resuelve en una equidistancia de las partes⁴²³ y en una actitud valerosa y digna ante cualquier elemento externo que trate de mermar su autonomía decisoria, cuyo nombre es conocido como independencia. En otras palabras, la cuestión consiste saber cómo el juez debe enfrentar éticamente la decisión, que actitudes debe tener, que cualidades debe poseer cuando convive con las partes, cuando estudia y resuelve a la luz del orden jurídico aplicable, el conflicto de intereses suscitado entre ellas. Considero que la respuesta, al interpretar las palabras del jurista italiano, es la virtud de la humildad y la magnanimidad. Por un lado, el juzgador es quien decide en la realidad, es quien está encargado de resolver el problema concreto. Él representa el sistema jurídico en su conjunto cuando determina lo justo por encima de cualquier interés que busque halagarlo o

⁴²² Carnelutti, Francesco, op. cit., p. 53.

⁴²³ Carnelutti, Francesco, op. cit., Ídem.

corromperlo, no de manera abstracta, desligada de la dignidad del ser humano, sino de forma concreta y realista, entendiendo su alta función. Dicho de otro modo, vive la realidad diariamente desde una perspectiva muy digna que le obliga a estar, en el transcurso de su decisión y en el momento final de la misma, por encima de cualquier interés por más poderoso que este sea en razón de que, con base en el orden jurídico, tiene en sus manos los derechos humanos y con ellos, la parte más influyente y determinante en el perfeccionamiento del orden social. Por los jueces de alma grande que son virtuosos y por lo tanto concededores y respetuosos de lo humano y de lo justo, cualquier sistema jurídico expresa su esencia, su unidad, su congruencia, puede lograr que se desarrolle y que, con eso, se administre justicia en el contexto social y político de las costumbres y las instituciones unidas a la vida de la comunidad. Con lo que, contundentemente, puedo afirmar que el juez es el cauce necesario del desarrollo y expansión de todo Estado moderno y en razón de lo dicho, su posición debe ser magnánima, posición que solo se presenta en un hombre feliz y que, por lo tanto, es un hombre comprometido con su país; pues, dice Aristóteles que la felicidad es una actitud del alma conforme a la virtud perfecta⁴²⁴, la cual, debe ser buscada principalmente por el verdadero hombre de Estado; El verdadero hombre de Estado, además, parece que ha de ocuparse de la virtud más que de otra cosa alguna, desde el momento en que debe hacer de sus conciudadanos hombres de bien y obedientes de las leyes.⁴²⁵ Aristóteles enseña que el hombre magnánimo solo puede ser el hombre virtuoso que coloca su grandeza en sus cualidades morales y éticas vinculadas con la altura de sus intenciones y la realidad de sus posibilidades; La magnanimidad, como su mismo nombre lo da a entender, parece aplicarse a grandes cosas... El magnánimo es, pues, un extremo en relación con la grandeza de su pretensión; pero en relación con su conveniencia está en el término medio, pues se juzga a sí mismo digno de lo que corresponde a su dignidad, mientras que

⁴²⁴ Aristóteles, op. cit., Libro I, cap. XIII, p.15

⁴²⁵ Aristóteles, op. cit., Ídem.

el hinchado y el pusilánime pecan por exceso o por defecto...⁴²⁶. El magnánimo es merecedor del honor que es, de los bienes exteriores el mayor⁴²⁷, el más grande reconocimiento que la sociedad hace a su dignidad. Con todo, el magnánimo no sustenta su grandeza en el honor sino en la virtud, en la dignidad de su actuar y de su posición, por lo que dicho honor, siendo el bien externo más grande no lo perturba en lo absoluto. Lo que se nota siguiendo la argumentación de Aristóteles: Por tanto, el magnánimo es lo que debe ser en los honores y en los deshonores. Y sin necesidad de probarlo con razones, manifiesta cosa es que los magnánimos son tales con relación al honor, pues los grandes se juzgan a sí mismos dignos sobre todo de honor solo que en proporción a su dignidad... El magnánimo puesto que digno de los mayores bienes tiene que ser el mejor, porque el que es mejor es digno de lo mayor y el más perfecto de las mayores cosas. Es preciso, por tanto, que quién es verdaderamente magnánimo sea hombre de bien. Y podría bien ser que lo propio del magnánimo fuese lo grande en cada virtud... La magnanimidad se muestra como cierto orden bello de las virtudes, pues las hace mayores y no se da sin ellas. Por lo cual es difícil ser con verdad magnánimo, pues no es posible serlo sin nobleza moral. El magnánimo es, pues, tal sobre todo en los honores y deshonores. Pero aun en los grandes honores y por más que provengan de los hombres de bien, el magnánimo gozará de ellos moderadamente, como quién obtiene lo que le pertenece o menos aún ya que no podría haber honor proporcionado a la virtud perfecta. Con todo ello, los recibirá, porque no tienen quienes se los tributan cosa mayor que dispensarle. Pero despreciará en absoluto los honores que vengan de gentes cualquiera o por cosas menudas, por ser inferiores a su merecimiento. Igual conducta observará en las afrentas, que no podrían aplicarse justamente a él. Pero Aunque el magnánimo, según lo dicho, muestre su virtud sobre todo en los honores, se conducirá moderadamente también en lo que atañe a la riqueza y al poder y a la buena o mala fortuna, de cualquier modo que acontezcan, de tal suerte que ni en la prosperidad se regocije

⁴²⁶ Aristóteles, op. cit., Libro IV, cap. III p.49.

⁴²⁷ Aristóteles, op. cit., Ídem.

en extremo, ni en la desgracia se contriste excesivamente, pues ni de esta manera se conduce con respecto al honor, por ser este el mayor de los bienes. Porque los cargos públicos y la riqueza se han de apetecer por el honor que implican ya que quienes poseen esas cosas quieren ser honrados por ellas. Pero aquel para quién el honor es poca cosa, lo serán también las demás... El magnánimo no corre al peligro por menguados motivos ni es amante del peligro, a causa de que son pocas las cosas que estima; pero sabe exponerse a grandes peligros. Y cuando está en el riesgo, no escatima su vida, estimando indigno vivir a todo trance... Es propio del magnánimo no haber menester de nadie o apenas, sino ser pronto en dar ayuda; así como ser altivo con los que están en dignidad y prosperidad y afable con los de mediana condición. Sobrepujar a los unos es cosa difícil y excelsa; pero fácil con respecto a los otros. Darse aires de superioridad con los primeros no cuadra mal a un hombre bien nacido; pero hacerlo con los humildes es una vulgar insolencia, tal como hacer alarde de su fuerza con los débiles.⁴²⁸ Por las razones que proporciona Aristóteles y por la dignidad que implica la labor jurisdiccional se puede afirmar sin temor a equivocarse, que dicha virtud, la magnanimidad, coloca al juzgador en una posición que le permite abordar sus decisiones sin la posibilidad de que alguien violenta su independencia.

Por otro lado, es importante subrayar que, además de la magnanimidad, es necesario que la posición del juzgador se base en la virtud de la humildad, pues, solo así podrá ser, en la mayor medida posible, imparcial. La humildad es una virtud que quita obstáculos permitiendo al juzgador actuar racionalmente con relación a sus pasiones, a sus capacidades y por lo tanto, a sus relaciones con las partes, con sus superiores, con sus inferiores y con la sociedad entera; por eso afirma Javier Saldaña que: Un buen juez, sin duda, debe ser una persona humilde; es decir, reconociendo que su labor es importante y trascendental, debe refrenarse a sí mismo para no excederse ni desear algo que en ese momento le puede ser superior. Para esto, dice Tomás de Aquino: "(...) es preciso que conozca lo que falta respecto de lo que excede sus fuerzas (...) como regla

⁴²⁸ Aristóteles, op. cit., Libro IV, cap. III, pp. 49-51.

directiva del apetito”. Humilde es, dice el doctor Angélico, estar apegado a lo más bajo. De este modo, el juez humilde debe evitar hacer alarde de superioridad en cualquier aspecto, igual en el conocimiento técnico del derecho que en la ostentación de bienes superficiales para la labor jurisprudencial.⁴²⁹ Lo justo es el bien propio del jurista, es el noble pero difícil ideal que debe buscar el juez a pesar los extremos del desanimo y de la presunción a los que puede ser llevado por complicaciones externas e internas⁴³⁰, la humildad permite al juez, desde lo más intimo de su ser, colocarse en el medio racional al momento de abordar, frente a las partes y a la sociedad entera, la decisión propia de su labor jurisdiccional. Por eso Santo Tomás de Aquino asegura que: Como ya expusimos antes (1-2 q.23 a.2), al hablar de las pasiones, el bien arduo tiene algo que atrae el apetito, a saber, la misma razón de bien y tiene algo que retrae, que es la misma dificultad de conseguirlo. Del primero se deriva el movimiento de esperanza y del segundo el de desesperación. Por otro lado, ya se menciona (1-2 q.16 a.2) que los movimientos del apetito que se comportan como impulsos exigen una virtud que los modere y los frene, mientras que aquellos que indican un retraimiento necesitan una virtud moral que los reafirme y empuje. Por eso es necesaria una doble virtud sobre el apetito del bien arduo. Una de ellas ha de atemperar y refrenar el ánimo, para que no aspire desmedidamente a las cosas excelsas, lo cual pertenece a la humildad y la otra ha de fortalecer el ánimo contra la desesperación y empujarlo a desear las cosas grandes conforme a la recta razón y es lo que hace la magnanimidad.⁴³¹ La humildad es el hábito complementario a la magnanimidad que se le debe exigir al juez y cuya finalidad consiste en evitar racionalmente la desubicación que su alta función puede acarrear: La humildad reprime al apetito para que no aspire a las cosas grandes sin contar con la recta razón, mientras que la magnanimidad lo empuja, también según el dictamen de la recta razón. Queda claro, pues, que la magnanimidad no se opone a la humildad,

⁴²⁹ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p.53.

⁴³⁰ Complicaciones que jamás van a ser determinantes en el libre albedrío del juzgador humilde.

⁴³¹ De Aquino, Tomás, op. cit., II-II, 161, 1. p. 518.

sino que ambas coinciden en conformarse a la recta razón.⁴³² El La humilde se conoce de sí mismo necesariamente puesto que para reprimir los apetitos en la medida adecuada requiere una visión íntegra aparato psicológico y espiritual: El conocimiento de los defectos propios pertenece a la humildad como regla directiva del apetito.⁴³³ Considero que la humildad se alcanza si existe un conocimiento profundo de la inclinación más íntima, de su objeto y de sus relaciones. Esa inclinación que pone en contacto al hombre con Dios, de tal manera que descubre en la dignidad, en los derechos humanos y en las buenas acciones propias y ajenas, un deber primordial interno y externo de respeto y admiración además de un reflejo de aquel Ser que explica como causa primera la existencia, orden, perfección y belleza del universo. Por eso expresa con claridad Santo Tomás de Aquino que: Si preferimos lo que hay de Dios en el prójimo a lo que hay de humano en nosotros, no podemos caer en falsedad. Por eso, al comentar el pasaje de Flp. 2,3: creyendo a los demás superiores a nosotros, dice la Glosa: *No debemos entender estas palabras con fingimiento.; antes bien, pensemos que puede haber oculto en el otro algo por lo que sea superior a nosotros, aunque el bien nuestro, por el que nos parece que somos superiores a él, no esté oculto...* La humildad, como las demás virtudes, se muestra preferentemente en la interioridad del alma. Por eso puede el hombre someterse a otro mediante un acto interno del alma sin contribuir a su daño espiritual. Esto es lo que San Agustín dice en la *Regla*. Pero en los actos externos de humildad, como en los de otras virtudes, hay que mostrar la debida moderación, para que no vayan en detrimento de otro.⁴³⁴ Es una virtud que permite o abre paso a la justicia dando dirección interna y externa al juez con relación al prójimo, pues la reflexión acerca de la dignidad humana y de los derechos humanos desde una posición humilde evita la soberbia moderando las pretensiones del juzgador en su labor, permitiéndole aproximarse considerablemente a lo justo concreto en su decisión: La humildad no se antepone

⁴³² De Aquino, Tomás, op. cit., p. 518.

⁴³³ De Aquino, Tomás, op. cit., p. 519.

⁴³⁴ De Aquino, Tomás, op. cit., p. 521.

a la justicia, sino **a la justicia unida a la soberbia**, que ya no es virtud. De igual modo, en el extremo contrario, el pecado se perdona por la humildad ya que se dice del publicano en Lc. 18,14, que *volvió a su casa justificado*. Por eso dice San Juan Crisóstomo: *Dadme dos carros, uno tirado por la justicia y la soberbia y otro por la humildad y el pecado y veréis cómo el del pecado adelanta al de la justicia, no por sus propias fuerzas, sino por la de la humildad unidas a él; mientras que veréis al otro vencido, no por la fragilidad de la justicia, sino por el peso y la hinchazón de la soberbia.*⁴³⁵

El juez debe ser, más que el técnico aplicador del ordenamiento normativo, el jurista por excelencia ya que en su función decisoria se proyecta el programa de convivencia establecido por la carta magna; es el cauce entre la ciencia jurídica, el ordenamiento jurídico vigente, quizá en parte anquilosado y la vida cambiante. Es el representante de su estabilidad y su adaptabilidad; el exponente último de su potencialidad y de su actualidad. Esta dignísima representación pierde, desde mi punto de vista, toda grandeza cuando se pierden la humildad y la magnanimidad.

El juez está situado entre el ordenamiento jurídico –o hablando en términos más generales, el orden jurídico ya establecido e institucionalizado- y la vida diaria, entre lo abstracto y lo concreto con la estabilidad que solo puede proporcionar una vida virtuosa que por lo mismo aspira, de un modo realista a grandes cosas. Es el órgano decisor por excelencia; la decisión que resuelve el conflicto planteado es el momento culminante de la actividad judicial. Toda teoría acerca de esta ha de apoyarse, consiguientemente, en una teoría de la decisión vinculada con las virtudes antes estudiadas.

La vida virtuosa del juzgador apoyada en la humildad y en la magnanimidad quita obstáculos que complican la realización de lo justo y del bien común, en toda decisión con incidencia social la responsabilidad del juez aumenta por la repercusión que supone su elección valorativa desde una posición de autoridad que puede pervertirse en caso de no ser equilibrada.

⁴³⁵ De Aquino, Tomás, op. cit., p. 523.

El técnico que todo juez es, necesita conocerse a sí mismo (sus capacidades y sus limitaciones) y conocer la dignidad de su labor además de conocer las reglas o pasos de los procesos de decisión que le competen y las normas jurídicas aplicables ya que, de otro modo, no podrá “construir” adecuadamente su decisión y por lo tanto, ésta no alcanzará la cualidad de decisión “justa”. Es un deber ético muy serio que el juzgador conozca el ordenamiento jurídico y lo maneje adecuadamente, su conocimiento debe abarcar todo el mundo jurídico positivo vigente, la historia del sistema jurídico propio y la doctrina creada a lo largo de los siglos. Debe ser un jurista completo, virtuoso y si es posible un filósofo del derecho congruente que cada día se conozca y se domine mejor sorprendiéndose por la grandeza de su función y por la bajeza de sus debilidades.

Toda decisión implica una responsabilidad sobre sus consecuencias. Esto sucede en la vida normal y también en lo jurídico. En este sentido, la actividad técnica o decisoria del legislador y del juez conlleva su respectiva responsabilidad. Pero mientras que la del legislador está en cierto modo alejada del contacto inmediato con la realidad, la del juez incide directa y dramáticamente en la entraña de problemas humanos concretos. Al ser muy grave su responsabilidad sólo puede quedar con la conciencia tranquila si con el fundamento y la dirección de los principios jurídicos y de las normas jurídicas que componen el orden jurídico ha actuado virtuosamente. La técnica judicial no puede resolver con una fórmula simplista los problemas humanos que excedan de algún modo a la estricta teoría y por eso una teoría de la técnica jurídica y más en concreto, una teoría de la técnica judicial, ha de resaltar siempre y necesariamente el papel que juega la personalidad del juez como jurista, cuya formación en las virtudes es un factor sumamente relevante pero muy olvidado con frecuencia. El juez debe saber la ciencia jurídica y además, en la contingencia de la realidad, descubrir el derecho de cada quién, protegiéndolo y otorgándolo eficazmente, de eso no cabe duda; pero, por encima de ello, debe sentirlo como una verdadera vocación humana por la justicia.

Lo anterior conduce a la conclusión de que toda teoría de la técnica jurídica exige un planteamiento ético-jurídico que parta de la humildad y de la magnanimidad del

juez. El camino impone el deber de realizar una reflexión profunda sobre el hombre, su dignidad y sus derechos. La filosofía del derecho cumple aquí también su cometido ya que al dotar de carácter ético a la técnica jurídica exigiéndole un desempeño virtuoso y un conocimiento profundo del orden jurídico, plantea en definitiva el histórico problema del ser humano y su conducta, a la vez que puede reconducir a los técnicos del derecho a una reflexión sobre su “verdadera” función en la sociedad. Los derechos humanos son el fundamento en el que la ética del juzgador se debe basar, son la realidad a la cual debe ser fiel en cualquier circunstancia, esta perspectiva del juez es la verdad que debe defender contra la *mayoría*, contra sus propias debilidades o contra cualquier factor. Si no defiende y no lucha por conceder en sus decisiones el derecho de cada quién, no solo daña el prestigio de una institución tan importante y del orden jurídico que la respalda, sino que también rompe el orden social en su principio natural que es la dignidad humana.

4.2. INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Frente a la interpretación ilimitada de cualquier material jurídico que los científicos del derecho realizan y a su incapacidad para aplicarlos jurisdiccionalmente, encontramos aquella que desempeñan los jueces. Al igual que la interpretación científica, la interpretación judicial supone una determinación del significado de los materiales jurídicos; pero con la diferencia de que dichos materiales son aplicables en forma vinculante a situaciones concretas en un lugar y época determinados. Cuando el intérprete ha logrado captar intelectualmente el sentido de la norma jurídica que expresa la fórmula legislativa, después de haber reconocido la estructura jurídica de esa norma, entonces y solo entonces estará en posibilidad de aplicarla. La finalidad de la interpretación de la ley -ya se dijo- es lograr su aplicación en el caso concreto,⁴³⁶ el cual es una situación es una realidad concreta compuesta por gran cantidad de elementos contingentes a los que es necesario

⁴³⁶ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., p. 5.

poner atención. Si un juez debe aplicar el ordenamiento jurídico, entonces tiene necesariamente que establecer el sentido de las normas que va a aplicar, interpretándolas; ...el conocimiento del precepto es únicamente el primer momento de este particular proceso interpretativo, para penetrar después en la estructura del juicio de valor que debe encontrarse expresado en el precepto legal. En suma, al intérprete del derecho no le basta conocer el concepto lógico-gramatical de la fórmula empleada por el legislador, sino identificar el pensamiento allí contenido con la estructura lógico-jurídica de la norma del derecho (supuesto, deber ser, consecuencia). Y todo para poder aplicar dicha norma al caso concreto de que se trata.⁴³⁷ La estructura lógico-jurídica de la norma resalta ante el intérprete...su aspecto finalista, por llevar el raciocinio al fin propuesto por la norma, se atiende al fin, a la intención de la ley⁴³⁸, la cual solo podrá conocerse mediante una interpretación sistemática estructurada por argumentos sistemáticos que estén dirigidos por los principios generales del derecho. En fin, todas las normas, en tanto que tienen que ser aplicadas, deben interpretarse sistemáticamente.

Uno de los principales conflictos relacionados con la actividad judicial consiste en determinar los límites de la libertad interpretativa. Este conflicto tiene como causa la potencialidad discrecional del juez para interpretar, cuyo inicio se da al elegir las normas aplicables al caso concreto y encuentra su término cuando logra dilucidar el sentido normalmente abierto de las disposiciones jurídicas. Se debe desentrañar el sentido y alcance existente en las normas jurídicas atribuyéndoles, en la medida que los mismos enunciados lo permitan, un significado congruente con el sistema jurídico vigente mediante los instrumentos que el propio sistema otorga en sus ordenamientos jurídicos. Como lo había dicho antes, considero imposible eliminar absolutamente la discrecionalidad que el juez tiene, tanto en la elección de las normas aplicables como en la determinación del sentido y alcance de las mismas, pues, en el primer caso se le presentan diversas opciones de las cuales dicho órgano aplicador debe tomar unas y dejar otras y en el segundo

⁴³⁷ Galindo Garfías, Ignacio, op. cit., p. 4.

⁴³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op.cit., p. 450.

caso, cualquier enunciado normativo le da la posibilidad de maniobrar con más o menos amplitud para determinar con precisión la respuesta más adecuada al caso controvertido. Los materiales jurídicos que han de aplicarse reciben de parte del órgano aplicador una cierta interpretación de la cual es seriamente responsable pues al decidir libremente la significación de tales materiales influye, a su vez, el curso dinámico de creación y aplicación subsecuente del orden jurídico. La interpretación que realizan los jueces se traduce en elecciones o voliciones que deben justificar y limitar metódicamente. La interpretación judicial es, pues, un proceso racional acompañado por un método más o menos apropiado, el cual, si se realiza utilizando los instrumentos convenientes, posiblemente desembocará en una aplicación justa del orden jurídico vigente. Instrumentos de primera necesidad para el juzgador son los principios generales del derecho cosa que se comprueba con lo siguiente: Los principios generales del Derecho son, por todo lo mencionado, son un instrumento metodológico de uso cotidiano en la actividad no sólo del jurista sino del juez, pues, por una parte, proporcionan la posibilidad de resolver las situaciones complejas no previstas en la ley y proporcionan seguridad al encauzar las tareas hermenéuticas hacia una dirección determinada y por otra permiten alcanzar el ideal de plenitud, que debe ser entendido, no como la regulación expresa de todas las situaciones posibles, sino como la posibilidad de dar solución a toda solución que surja.⁴³⁹ La elección del método interpretativo ha sido muy discutido a lo largo de la historia jurídica por los principales exponentes de tres escuelas interpretativas de las cuales cada una afirma que la suya es la mejor ya sea porque proporcionan mayor seguridad jurídica a los justiciables o porque permiten decidir al juzgador con mayor justicia y equidad.

1) El método clásico de interpretación es el exegético. Este método aparece en los siglos XII y XIII; posteriormente, en el siglo XIX⁴⁴⁰, con el Código Napoleónico vuelve a tomar fuerza y se estructura en su forma definitiva.

⁴³⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op.cit., pp.455-456.

⁴⁴⁰ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., p.6.

El método exegético proviene de la magna labor codificadora que se realizó en Francia en esa época... y se caracteriza:⁴⁴¹

- a) Por postular que el código contiene en sus preceptos todo el derecho civil.
- b) La labor del intérprete por lo tanto, ha de consistir en indagar el pensamiento del legislador. Esta labor es el único recurso posible para interpretar la fórmula dudosa u oscura.
- c) La codificación, obra exclusiva de la voluntad del legislador, no tiene relación con los antecedentes históricos sociales, políticos, anteriores a la obra de codificación.
- d) Cuando una ley es clara no es lícito eludir su letra.
- e) Si la expresión legal es oscura o incompleta, deberá buscarse el pensamiento del legislador a través de los trabajos preparatorios, las condiciones que prevalecían en el momento en que la ley fue promulgada.
- f) Sólo en caso extremo de que ni aún así se pueda conocer la voluntad del legislador, está autorizado el intérprete para recurrir a los principios generales del derecho.

Este método tiene como principal ventaja la aparente certeza jurídica proporcionada tanto a los justiciables como a la sociedad y el consecuente pero desproporcionado respeto, a la garantía individual de seguridad jurídica. Según esta escuela; La ley debe ser interpretada según la voluntad que ha presidido su origen. Desprenderla de ella para hacer variar su contenido con el movimiento social y adaptarla a las exigencias de la hora presente o a las transformaciones de la existencia, no sería serle fiel...⁴⁴² Pero sus principales inconvenientes son la rigidez ante el cambio constante de la realidad social y la injusticia aunada a la falta de equidad en la resolución de casos.

2) Escuela dogmática.- Cuyo exponente de mayor relieve es Savigny. Reaccionando contra el método de la escuela de la exégesis y coordinando su posición con el criterio sostenido por Savigny, su ilustre fundador, acerca de que la

⁴⁴¹ Galindo Garfías, Ignacio, op. cit., Ídem.

⁴⁴² Galindo Garfías, Ignacio, op. cit., p. 7.

fuerza de todo derecho es el espíritu del pueblo, concluye que la ley no debe ser considerada como un hecho, sino como una significación lógica que evoluciona y se transforma sin cesar.

La escuela dogmática lejos de ocuparse del análisis filológico de las palabras de la ley, para encontrar la voluntad del legislador, considera al ordenamiento jurídico como un todo establecido sistemáticamente, en el cuál cada norma se encuentra vinculada con las demás, para constituir un sistema coherente y uniforme. Para esta escuela, el derecho no se agota en la ley sino en la realidad de la vida social.⁴⁴³

3) Escuela de la libre investigación científica, cuyo fundador fue Francois Geny. Comienza por hacer una crítica de los métodos de interpretación de la escuela de la exégesis. La labor del juez se vería frustrada, dice Geny, si en todo caso debiera limitarse a aplicar mecánicamente el texto gramatical de un precepto, sin que le estuviese permitido, aun en presencia del texto claro, examinar al mismo tiempo, por medio de elementos extrínsecos, el sentido y alcance racional de la fórmula, la finalidad que el legislador persiguió al dictar la ley *ratio legis* y las circunstancias que determinaron la aparición del presente *ocassio legis*. Todo ello a un tiempo mismo.

Critica la distinción tajante entre interpretación gramatical e interpretación lógica. Ambas se complementan necesariamente, pues la interpretación gramatical, debe ser al mismo tiempo lógica.⁴⁴⁴

La visión actual de la interpretación jurisdiccional nos la presenta Robert Alexy desde una perspectiva integral que contempla tres desarrollos o círculos que se pueden adoptar al enfrentar la tarea hermenéutica, desarrollos que, en efecto, deben adoptarse y que no se excluyen unos con otros, pues al fin y al cabo se unifican mediante una estructura argumentativa, que, como dice el mismo autor tiene pretensión de corrección y de justificación: En el punto central del modelo hermenéutico, desarrollado en nuestro siglo sobre todo por Gadamer y Betti y

⁴⁴³ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., *Ídem*.

⁴⁴⁴ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., p. 9.

recibido en la jurisprudencia alemana entre otros por Larenz Kaufmann y Esser, se encuentra la estructura de la interpretación y la comprensión. El concepto clave es el de círculo hermenéutico. Para la jurisprudencia son significativos tres clases de círculos hermenéuticos.

El primero concierne la relación entre la llamada pre-comprensión y el texto. Una pre-comprensión es una hipótesis con la que el intérprete aborda el texto. Esta hipótesis⁴⁴⁵ expresa una presunción o expectativa del intérprete sobre la solución correcta del problema jurídico pendiente de decisión. Su contenido estará determinado por las peculiaridades cosmos vital y la experiencia profesional del intérprete. La figura del círculo quiere decir que entre el texto de la norma y la hipótesis de interpretación existe un efecto recíproco. De una parte, nunca puede el texto de la norma, sin una hipótesis de interpretación, experimentarse ni como problemático ni como no problemático. De otra parte, la hipótesis de interpretación deberá examinarse sobre la base del texto de la norma, con ayuda de las reglas de metodología jurídica. El punto decisivo aquí es, pues, que la teoría del círculo hermenéutico como tal nada dice sobre los criterios de confirmación o rechazo de la hipótesis de interpretación.

Sobre esto sólo puede decidirse con base en argumentos, lo cual indica que la teoría del círculo hermenéutico no puede sustituir una teoría de la argumentación jurídica. Pero con todo no carece de valor. Ella despierta la mirada al problema de la contribución productiva del intérprete a la interpretación, lo que posibilita y estimula un comportamiento crítico. De allí puede uno decir que al círculo del pre-entendimiento corresponde el postulado de la importancia de reflexionar, que para la teoría de la argumentación jurídica es de gran significación.

Lo correspondiente vale para las otras dos clases de círculo hermenéutico. La segunda toca la relación entre la parte y el todo.⁴⁴⁶ Esta es la interpretación y argumentación sistemática que ya arriba se analizo. Por el momento considero

⁴⁴⁵ Esta hipótesis había sido nombrada en el presente trabajo como buen sentido y como sentido común, los cuales son dos distintivos para que un buen juez aborde la decisión jurisdiccional de conformidad con la realidad del caso concreto.

⁴⁴⁶ Alexy, Robert, op. cit., pp. 39, 40, 41.

importante seguir la línea argumentativa con la cual Robert Alexy demuestra la importancia de la teoría de la argumentación en el modelo hermenéutico en lo general y en lo particular en este tercer círculo hermenéutico, el cual permite al juzgador entender la interpretación jurisdiccional como una actividad intelectual prudencial que se ordena a la solución de casos concretos:

La tercera clase del círculo hermenéutico afecta la relación de **norma** y hechos (*Sachverhalt*). Las normas son universal-abstractas. Los supuestos fácticos en los que aquéllas deben encontrar aplicación son individual-concretos. Las normas contienen pocos rasgos; los hechos potencialmente, una infinidad. Estos se describirán, de una parte, con ayuda de los rasgos característicos, en los tipos legales de la norma (*Tatbestände*); de otro lado, pueden los rasgos de los hechos ser el motivo para aplicar otra norma y no la inicialmente prevista, precisar o rechazar una característica del tipo legal (*Tatbestände*) o añadirle otro rasgo. La fórmula aculada por Karl Engisch del “ir y venir de la mirada” es instructiva en este caso. También ese círculo ilustra sólo un problema, sin ofrecer criterios para su solución. Sin embargo, es claro que el problema sólo podrá resolverse cuando todos los rasgos de los hechos y todas las características de las normas posiblemente correspondientes sean tomados en cuenta. El postulado que se encuentra detrás del tercer círculo puede en consecuencia llamarse el “Postulado de la completud”. Éste exige que todos los puntos de vista relevantes sean considerados, lo que represente un criterio fundamental de racionalidad.

Al ojear lo dicho sobre el círculo hermenéutico se comprueba que el modelo hermenéutico, sin duda, ofrece importantes juicios acerca de la estructura de la argumentación jurídica y encierra los tres fundamentales postulados de racionalidad mencionados, pero no es suficiente para la solución del problema de la interpretación correcta. La corrección de una interpretación sólo puede demostrarse cuando se aducen razones en su favor y en su contra. Por tanto, es válida la frase: interpretación es argumentación.⁴⁴⁷

⁴⁴⁷ Alexy, Robert, op. cit., pp. 42 - 44.

Es evidente que en el problema de la interpretación existen muchas e intensas discusiones doctrinarias que no tiene objeto reproducir en este pequeño estudio, pero al margen de éstas considero importante decir que la interpretación necesita instrumentos que disminuyan los inconvenientes y den aplicabilidad a las ventajas de los diferentes métodos interpretativos antes puestos, encontrando el medio entre los extremos interpretativos derivados de los ya citados métodos. Es claro que en la práctica, principalmente los tribunales locales mexicanos por la instauración del método exegético tienden a realizar el extremo interpretativo iuspositivista; rigorista, mecánico, basado únicamente en el texto normativo, sin considerar ni la falibilidad legislativa ni la unidad y congruencia sistemática de nuestro orden jurídico, sin atender de manera razonada a la realidad cambiante y sin considerar prudencialmente la individualidad y complejidad, siempre problemática, de cada caso concreto. Ante estos extremos y cualquiera otro, considero a los principios jurídicos como un instrumento capaz de mesurar los excesos judiciales. Disminuye la mecánica fría el hecho de considerar cualquier norma jurídica particular a la luz de los principios generales del Derecho pues, con esto, el texto legal se entiende en su sentido más profundo que es su significado más humano, por lo cual el juzgador observa al justiciable desde una perspectiva humanista, como otro ser humano con dignidad y derechos naturales, invitándole, por lo tanto, a reflexionar prudencialmente en torno a la individualidad y complejidad de cada caso. En este mismo sentido, el juez permanece subordinado al ordenamiento jurídico –dándole certeza jurídica a los justiciables-, puesto que los principios por inspirar su creación y darle unidad a todo el sistema jurídico, representan su espíritu con más exactitud y por lo tanto obligan al juez a resolver los casos concretos con apego al mismo, a tal grado que se puede afirmar junto con el maestro Del Vecchio que “el jurista y muy especialmente el juez, debe –en cuanto es posible- dominar y dar vida de nuevo (en cada caso concreto) a todo el sistema, sentir su unidad espiritual, desde las premisas más remotas y tacitas hasta los preceptos más insignificantes, como si fuese autor de todo ello y por él

hablase la misma ley ”⁴⁴⁸. El hecho de que se acepte el sistema (internamente) no necesariamente impone la obligación de aceptar todas sus normas particulares, más bien implica el conocimiento de la falibilidad legislativa, habilitando, con esto, a los principios jurídicos –por su naturaleza normativa y gran alcance jurídico y fáctico- para aclarar, corregir, dirigir, limitar y completar normas jurídicas incongruentes, obscuras e injustas. Siguiendo este orden de ideas los principios jurídicos, dando dirección a la interpretación judicial, colocan al juzgador en una perspectiva jurídica en el momento en que observa la dinámica de la realidad cambiante, sin menguar el respeto debido, ni al ordenamiento jurídico, ni a la dignidad humana y sus derechos.

El orden jurídico vigente no sólo se complementa, se modifica o se extingue mediante la actividad de los cuerpos legislativos. Los órganos jurisdiccionales complementan, modifican o derogan el ordenamiento jurídico positivo al interpretar las normas jurídicas que aplican, teniendo como prueba de ello la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte y por los demás tribunales facultados para ello. En este sentido, parte de la interpretación producida por los jueces, es decir la significación dada a los materiales que aplican, es impuesta, es obligatoria. Si un juez determina que un ordenamiento jurídico contempla ciertas normas para limitar conductas con relación a cierta situación, ésta es la interpretación que se impone si se cumplen determinados presupuestos. Ciertamente la actividad aplicativa del juez es, como tal, efecto de una interpretación correcta, justificada por argumentos que no menosprecian ningún elemento jurídico o fáctico y que, por lo tanto, incluyen los principios jurídicos como parámetros directivos en la conformación de sus decisiones. Está es una exigencia que se observa en muchos lugares del mundo, debido a que los principios jurídicos son realmente útiles en cada momento de la decisión jurisdiccional, especialmente en la interpretación, en la integración y en la justificación o motivación de las sentencias: Es previsible además de obligado, a nuestro juicio, que nuestros Tribunales evolucionen hacia una apreciación superior de los valores materiales del Derecho, dejando atrás el

⁴⁴⁸ Del Vecchio, Giorgio, op. cit., p. 62.

procedimentalismo y leguleyismo a que han solido tender con demasiada frecuencia (procedimentalismo y leguleyismo que al no ser sino la típica huída de la responsabilidad de toda burocracia, es una manifestación característica de la mutiladora degradación de la Justicia en burocracia). Por lo demás, el influjo creciente –y por supuesto, obligado, dada su posición central- de los métodos interpretativos del Tribunal Constitucional, obediente resueltamente a ese criterio, así permite esperarlo.⁴⁴⁹

4.3. INTEGRACIÓN JUDICIAL

No hay institución sin principio informador y estos principios como la institución misma en la que se insertan y en la que únicamente cobran sentido, están configurados en orden a círculos problemáticos concretos, obedientes a la estructura tópica y no axiomática...⁴⁵⁰ Esta cuestión es de suma importancia para el estudio de la integración judicial pues de la institucionalización y sistematización de las normas jurídicas proviene el vínculo lógico formal y material que existe entre ellas o sea la coherencia interna del sistema, que será el ámbito adecuado en el que, en el caso concreto no previsto por las normas videntes, se realizará dicha integración. Que exista coherencia en un sistema normativo no significa que sea perfecto en lo particular: En cuanto al contenido de la Ley es a que el principio de legalidad remite, queda también claro que no vale tampoco ningún contenido *dura lex, sed lex*, que no se legitima cualquier mandato normativo, sino solo aquellos... que se produzcan dentro de la Constitución y especialmente de su orden de valores que con toda explicitud expresa y en particular, que no atente, antes bien sirva, a los derechos fundamentales.⁴⁵¹ De lo que se plantea la posibilidad de que existan normas jurídicas particulares anacrónicas o falta de material normativo necesario que complete y perfeccione la totalidad de dicho sistema. La cuestión

⁴⁴⁹ García de Enterría, Eduardo, op. cit., p. 110.

⁴⁵⁰ Alexy, Robert, op. cit., p. 82.

⁴⁵¹ Alexy, Robert, op. cit., p. 89.

versa sobre la plenitud hermética o integridad del sistema normativo al que se quiera hacer referencia, o sea que la plenitud o integridad suponen, que al administrar justicia no existen lagunas legales o contradicciones que dejen a la deriva alguna cuestión concreta o en otras palabras se puede asegurar que “la naturaleza del sistema jurídico, el cual debe constituir un todo único y homogéneo, un verdadero organismo lógico, capaz de suministrar una norma segura -no ambigua y menos aún contradictoria- para toda posible relación de convivencia”⁴⁵². Pero los principios jurídicos constitucionales son abiertos y los ordenamientos jurídicos no siempre presentan una estructura lógica, congruente con el espíritu del sistema. La afirmación de Del Vecchio se entiende si se acepta que ante alguna laguna existen y son aplicables normas abiertas (principios jurídicos consagrados o no en la Constitución) que consagran valores jurídicos acordes con el espíritu constitucional en que se basa un sistema jurídico determinado. Pues bien, un sistema jurídico ordenado por valores superiores abiertos será cualquier cosa menos positivista. Hay aquí la aplicación más clara de una jurisprudencia de valores, que ve a las normas una por una y todas ellas, no como sistemas formales cerrados y autosuficientes, sino como portadoras de valores de una justicia superior, que dominan su sentido y presiden toda su aplicación. No se trata, bien entendido, de una conclusión puramente deductiva, sino de una experiencia universal: allí donde opera una justicia constitucional efectiva, que asegure la primacía normativa de la Constitución, ésta deja de ser vista como una articulación formal de poderes para comprenderse como un parámetro de los valores materiales de todo el ordenamiento, lo que opera por sí solo una verdadera conversión..., de un Estado puramente legal a un Estado ordenado por los principios básicos constitucionales, principios que rompen por sí solos todo intento de una jurisprudencia formal puramente inmanente y aún todo leguleyismo.⁴⁵³

⁴⁵² Del Vecchio, Giorgio, op. cit., p. 61.

⁴⁵³ García de Enterría, Eduardo, op. cit., pp.96 y 97.

Las lagunas legales son las omisiones en que incurre el legislador cuando no prevé en las normas que dicta, alguno o algunos casos que en las prácticas judiciales se presentan.⁴⁵⁴ No podemos decir que existan lagunas del Derecho, entendiendo que este se basa en principios aplicables sistemáticamente, sino sólo en algún ordenamiento jurídico en determinado material normativo. La laguna y la incoherencia son diferentes pues la primera implica un vacío y la segunda no, la primera exige un esfuerzo integrador que encuentre el material normativo de alcance suficiente, necesario para darle solución a un conflicto planteado, mientras que la segunda exige un esfuerzo interpretativo que de sentido al material normativo incoherente sin que se contravenga el espíritu del sistema, son diferentes pero proponen al juzgador la misma exigencia, la de la razón práctica que bajo ningún pretexto puede dejar de emitir una solución equitativa o justa, al conflicto concreto. Geny establece claramente la distinción entre la labor interpretativa y la obra integradora de la ley. Esta última consiste en suplir el silencio de las normas completando aquellas mediante la elaboración de una nueva fórmula, que no está contenida en el ordenamiento.

La interpretación supone la existencia de un precepto jurídico; mediante la integración el jurista intenta elaborar un nuevo precepto⁴⁵⁵.

Siendo la integración la encargada de resolver los problemas que se presentan cuando no existen normas aplicables al caso concreto, es evidente que su tarea resulta no sólo importante, sino complicada.

Lo anterior hace suponer que el ordenamiento jurídico tiene vacíos, sin embargo el universo jurídico no puede tenerlos. Se dice por ello que lo jurídico tiene plenitud hermética. No puede haber situación o controversia legal que no pueda ser resuelta jurídicamente. La plenitud hermética que tiene el orden jurídico contesta o da solución a la problemática de encontrar lagunas legales y como consecuencia

⁴⁵⁴ Pallares, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 23ª. Edición, México, Porrúa, 1997, p. 530.

⁴⁵⁵ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., p.15.

el juzgador siempre podrá resolver cualquier caso que se le presente si maneja con habilidad los procedimientos de integración.

La función jurisdiccional plantea al juez la exigencia racional para que en cada caso concreto de una solución y es una exigencia en la ética del juzgador siempre emitir un fallo buscando la justicia y la equidad, a pesar de que la norma jurídica sea incompleta, no exista o sea incongruente con el sistema normativo: Ha de buscarse la solución justa recurriendo en primer lugar a la analogía y posteriormente, si el método analógico resultare ineficaz, resolverse el caso conforme a los principios generales del derecho.⁴⁵⁶

Aquí surge una cuestión de extremada dificultad pues parecería que la discreción judicial necesariamente aparece en el escenario jurisdiccional, planteando, otra vez, la posibilidad de elección entre diferentes cursos de acción que podrían perjudicar al justiciable. Lo anterior supone que, aun en el caso de que no exista disposición legal aplicable al caso concreto, el mismo ha de ser resuelto por el juzgador. Para resolver este problema el legislador, en previsión de la existencia de lagunas, ha dado directrices a los órganos jurisdiccionales para que resuelvan tales situaciones y realicen la integración correspondiente.

Una de las pautas que han de seguir los juzgadores para resolver los problemas presentados por las lagunas del derecho se encuentra en nuestra Constitución, la cual, en el Artículo 14, dice:

“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación de la ley ya falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ Galindo Garfías, Ignacio, op. cit., Ídem.

⁴⁵⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 14, DOF 07-05-2008.

De conformidad con la disposición constitucional citada, el juzgador, sobre todo en materia civil, puede y debe no sólo hacer interpretación, sino que a falta de ley puede hacer integración basándose en los principios generales de derecho.

De lo anterior se concluye que para resolver una controversia el juzgador debe:

- Primero debe buscar las disposiciones legales aplicables al caso concreto con la dirección de los principios jurídicos.
- No habiendo disposición aplicable, examinará si en el ordenamiento existen reglas o principios para hacer la integración.
- Ante la ausencia de ambas, integrará, equitativamente, completando los preceptos mediante la elaboración de otros⁴⁵⁸, fundándose en los principios generales del derecho en general, o, en particular, en el principio jurídico que consagra la analogía.

De acuerdo con el ordenamiento constitucional y recogiendo el principio de la plenitud hermética del orden jurídico, nuestro Código Civil establece ciertas reglas de integración en sus artículos 18, 19 y 20, que transcribimos a continuación:⁴⁵⁹

Art. 18 El Silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Art. 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho.

Art. 20. Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.⁴⁶⁰

Con lo anterior queda reflejado el procedimiento de integración con base en la Constitución y orientado por los principios generales del Derecho.

⁴⁵⁸ Galindo Garfias, op. cit., p. 15.

⁴⁵⁹ Código Civil Federal, DOF 13-04-2007.

⁴⁶⁰ Código Civil Federal, Artículos 18, 19, DOF 13-04-2007.

Los procedimientos de integración se pueden basar en la equidad, en los principios generales del Derecho, en la analogía y en la mayoría de razón.

La equidad: El presente ya se ha estudiado en los capítulos precedentes. Dije ya en capítulos anteriores que los ordenamientos jurídicos son generales; siendo la aplicación de la norma genérica a una situación determinada demasiado severa aunque aparentemente justa; en tales circunstancias el juzgador debe atemperar la fuerza de la norma jurídica por medio de la equidad.

Según el propio Aristóteles lo equitativo y lo justo son de la misma naturaleza; la diferencia es que lo equitativo es más difícil que lo justo, porque lo equitativo es la sabia rectificación de la justicia rigurosamente legal. La equidad permite corregir la generalidad de la ley o atemperar el rigor que la igualdad de la justicia legal implica al quedar confrontada con otra virtud, mediante la determinación prudencialmente conforme al caso concreto.

Los principios generales de derecho: Según los artículos 14 constitucional y 19 del Código Civil, transcritos en párrafos anteriores, el juzgador, cuando no exista disposición legal para resolver controversias sometidas a su consideración, puede acudir a los principios generales de derecho.

Al respecto se puede reafirmar que los principios son criterios de naturaleza normativa emanados del recto proceder racional humano, de validez intrínseca y capaz de integrar el ordenamiento jurídico vigente en un marco argumentativo. En otras palabras, se puede asegurar que nuestro sistema jurídico vigente reconoce la naturaleza normativa de los principios cuando le permite al juez acudir a ellos para integrar las lagunas legales.

La analogía: En general, la analogía es una forma de razonamiento que consiste en la comparación de situaciones específicas en las cuales encontramos semejanzas y discrepancias, es decir, situaciones que en parte coinciden y en parte difieren: ...por medio de la analogía el juzgador crea una nueva y distinta regla fundada sobre la identidad de razón, para aplicar un determinado precepto, a

un caso no previsto fundándose en el principio de que donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición.⁴⁶¹

Los argumentos en los cuales se basa la analogía son fundamentalmente los principios *a pari*, *a majori ad minus*, *a minori ad majus*. El principio general del Derecho que sustenta la analogía es el siguiente; *ubi eadem es ratio, eadem lex ese debet*, que significa “donde existe la misma razón, se debe aplicar la misma ley”, ésta es la analogía estrictamente dicha.⁴⁶²

Para terminar este punto presento como prueba de la absoluta capacidad integradora de los principios generales del Derecho y de su naturaleza normativa las siguientes tesis:

ACUERDOS DICTADOS POR LOS JUECES DE AMPARO. PUEDEN FUNDARSE EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO A FALTA DE PRECEPTO LEGAL APLICABLE.⁴⁶³

De conformidad con el artículo 219 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la materia de amparo, toda resolución judicial debe contener, entre otros requisitos, el fundamento legal en que se apoye; sin embargo, a falta del precepto legal aplicable, el juzgador de amparo puede invocar como fundamento de su determinación los principios generales de derecho, como son el de economía procesal y celeridad en el procedimiento, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 14 constitucional, no debiéndose entender su aplicación restringida a la materia civil, sino a todos los asuntos jurídicos, por estimarse tales principios como la formulación más genérica de los valores establecidos por nuestro actual orden jurídico y cuya función no sólo es el llenar

⁴⁶¹ Galindo Garfias, Ignacio, op.cit., pp. 16 y 17

⁴⁶² Plainol, M. y G. Ripert, *Derecho civil*, Tomo XIII, México, Harla, 1997, p. 27.

⁴⁶³ Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VIII, Noviembre de 1991, Tesis Aislada, Materia: Común. Registro: No. 221278. <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

las lagunas de la ley , sino coadyuvar en la interpretación y aplicación del derecho.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 243/91. Rodolfo Santa Ana Pérez. 21 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO.⁴⁶⁴

No entraña una violación al artículo 214 del enjuiciamiento respectivo la circunstancia de que se invoquen los principios generales de derecho; pues precisamente esa norma prescribe que el Juez debe apoyar sus puntos resolutivos en preceptos legales o en principios jurídicos.

Amparo civil directo 4883/43. Coppe José, sucesión de. 30 de junio de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela. La publicación no menciona el nombre del ponente.

⁴⁶⁴ Quinta Época Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXX, p. 1856, Tesis Aislada, Materia: Civil, Común. Registro: No. 385154. <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO.⁴⁶⁵

El artículo 14 de la Constitución General de la República, dispone que en los casos de omisión o deficiencia de la ley, debe acudirse, para resolver la controversia judicial, a los principios generales de derecho, debiendo entenderse por tales, no la tradición de los tribunales que, en último análisis no son más que prácticas o costumbres que evidentemente no tienen fuerza de ley, ni las doctrinas o reglas inventadas por los jurisconsultos, supuesto que no hay entre nosotros autores cuya opinión tenga fuerza legal, ni tampoco la que haya escogido la inventiva de la conciencia privada de un Juez, por ser esto contrario a la índole de las instituciones que nos rigen, sino los principios consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del Código Fundamental del país, sino también las anteriores.

Competencia 532/35. Suscitada entre los Jueces del Ramo Civil de Soconusco y Décimo de lo Civil de esta capital. 13 de octubre de 1936. La publicación no menciona el sentido de la votación ni el ponente.

Quinta Época: Tomo XLIII, página 858. Competencia 224/34. Suscitada entre los Jueces del Ramo Civil de Zacatecas y Segundo de Letras del Ramo Civil de Saltillo, Coahuila. 11 de febrero de 1935. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Alonso Aznar Mendoza, Abenamar Eboli Paniagua, Sabino M. Olea, José María Truchuelo, Octavio M. Trigo, Rodolfo Asiáin y Agustín Aguirre Garza. La publicación no menciona el nombre del ponente.

⁴⁶⁵ Quinta Época Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: L, p. 283, Tesis Aislada, Materia: Constitucional. Registro: No. 360193.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO. PARA DETERMINAR SU INICIO DEBE ESTARSE A LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LA FALTA DE PREVENCIÓN EN LAS LEY ES APLICABLES.⁴⁶⁶

Ante la falta de prevención en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y en el Código Federal de Procedimientos Penales, que le es supletorio, respecto a cuándo inicia el procedimiento administrativo disciplinario, es necesario acudir a los principios generales del derecho administrativo, en atención a lo dispuesto en el artículo 14, último párrafo, de la Constitución Federal, que tiene su *ratio legis* en el principio de que los tribunales no pueden dejar de resolver las controversias que se les plantean, vinculado con lo previsto en el artículo 17 de la propia Constitución.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión fiscal 1603/2001. Contralor Interno en la Procuraduría General de la República y otra autoridad. 12 de diciembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

Considero necesario apuntar que la coherencia, la congruencia, la precisión, la claridad y corrección argumentativa deben ser mayores en el procedimiento de integración, debido a que por la amplitud discrecional que se presenta ante el juzgador puede contrariar los principios de seguridad y de certeza jurídica

⁴⁶⁶ Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XV, Marzo de 2002, p. 1428, Tesis: I.4o.A.340 A, Tesis Aislada, Materia: Administrativa. Registro: No. 187430.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

consagrados en nuestra Carta Magna, violando, por las arbitrariedades concretas, los derechos humanos de los gobernados.

4.4. ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.⁴⁶⁷

Este precepto reviste una trascendental importancia dentro de nuestro orden constitucional, a tal punto, que a través de las garantías de seguridad jurídica que contiene, el gobernado encuentra una amplísima protección a los diversos bienes que integran su esfera de derecho. Asimismo, en la historia del Derecho Constitucional, el artículo 14 ha implicado la materia de muy interesantes polémicas entabladas por los juristas más grandes de nuestra patria, tales como Vallarta, Lozano, Rabasa, Mejía, Vega entre otros.

El Artículo 14 constitucional es un precepto complejo, es decir, en él se implican cuatro fundamentales garantías individuales que son: la de la irretroactividad legal (párrafo primero), la de audiencia (párrafo segundo), la de legalidad en materia judicial civil (lato sensu) y judicial administrativa (párrafo cuarto) y la de legalidad en materia judicial penal (párrafo tercero).⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 14, DOF 07-05-2008.

⁴⁶⁸ Burgoa O., Ignacio, op.cit., p. 505.

En el último párrafo del Artículo 14 constitucional se expresa que “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho.”⁴⁶⁹

Desde la legislación romana hasta nuestros días, es reconocido por todas las legislaciones, la insuficiencia de las normas jurídicas para prever todas las situaciones posibles, por lo tanto, en la función judicial resalta la necesidad de suplir las carencias legislativas producto de la textura abierta del lenguaje normativo. Social y jurídicamente es importantísimo que ningún conflicto de intereses quede sin respuesta por la falta de una norma exactamente aplicable al caso y debido a esto nuestra Carta Magna consigna en el citado párrafo la posibilidad de fundar sus sentencias definitivas en los principios generales del derecho.

PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO.⁴⁷⁰

El artículo 14 de la Constitución Federal elevó, a la categoría de garantía individual el mandato contenido en los artículos 20 del Código Civil de 1884 y 1324 del Código de Comercio, en el sentido de cuando no haya ley en qué fundarse para decidir una controversia, la resolución de ésta debe fundarse en los "principios generales del derecho" y la Constitución limita la aplicación de estos "principios", como garantía individual, a las sentencias definitivas, en tanto que la legislación común, así como las de diversos Estados de la República y el artículo 19 del Código Civil, actualmente en vigor en el Distrito Federal, autoriza que se recurra a los "principios generales del derecho" como fuente supletoria de la ley , para resolver toda clase de controversias judiciales del orden civil. Universalmente se conviene en la absoluta necesidad que hay de resolver las contiendas judiciales

⁴⁶⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 14, DOF 07-05-2008.

⁴⁷⁰ Quinta Época Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice 2000, Tomo: VI, Común, P.R. SCJN, p. 104, Tesis: 126, Tesis Aislada, Materia: Común. Registro: No. 918289.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

sin aplazamiento alguno, aunque el legislador no haya previsto todos los casos posibles de controversia; pues lo contrario, es decir, dejar sin solución esas contiendas judiciales, por falta de ley aplicable, sería desquiciador y monstruoso para el orden social, que no puede existir sin tener como base la justicia garantizada por el Estado y por ello, es que la Constitución Federal, en su artículo 17⁴⁷¹, establece como garantía individual, la de que los tribunales estén expeditos para administrar justicia, en los plazos y términos que fija la ley y los códigos procesales civiles, en consecuencia con este mandato constitucional, preceptúan que los Jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito; pero las legislaciones de todos los países, al invocar los "principios generales del derecho", como fuente supletoria de la ley, no señalan cuáles sean dichos principios, qué características deben tener para ser considerados como tales, ni qué criterio debe seguirse en la fijación de los mismos; por lo que el problema de determinar lo que debe entenderse por "principios generales del derecho", siempre ha presentado serios escollos y dificultades, puesto que se trata de una expresión de sentido vago e impreciso, que ha dado motivo para que los autores de derecho civil hayan dedicado conjuntamente su atención al estudio del problema, tratando de definir o apreciar lo que debe constituir la esencia o índole de tales principios. Los tratadistas más destacados del derecho civil, en su mayoría, admiten que los "principios generales del derecho" deben ser verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos filosófico-jurídicos de generalización, de tal manera que el Juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido, si hubiere previsto el caso; siendo condición también de los aludidos "principios", que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenarse aplicando aquéllos; de lo que se concluye que no pueden constituir "principios generales del derecho", las

⁴⁷¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF 07-05-2008.

opiniones de los autores, en ellas mismas consideradas, por no tener el carácter de generalidad que exige la ley y porque muchas veces esos autores tratan de interpretar legislaciones extranjeras, que no contienen las mismas normas que la nuestra.

Amparo civil directo 6187/34.-Meza de Díaz Catalina y coagraviado.-15 de marzo de 1938.-Cinco votos.-La publicación no menciona el nombre del ponente.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo LV, página 2642, Tercera Sala.

La utilización de los principios es una garantía, por lo tanto debe legislarse al respecto, no para determinar ni su naturaleza, sino para exigir su uso y limitar prudentemente el mismo en el marco de nuestro sistema jurídico. Creo que a través de un criterio prudencial limitado y dirigido por los principios generales del derecho y por las normas jurídicas, el juez debería fundar sus resoluciones. Existen ocasiones en que la norma jurídica, aunque existe, es incompleta o insuficiente para prever todas las circunstancias propias del caso concreto lo cual exige el uso de los principios generales del Derecho que por su determinación, alcance, extensión, su naturaleza normativa y su validez intrínseca son capaces, no solo de integrar el ordenamiento jurídico en caso de existir lagunas legales, sino que incluso pueden en todo momento auxiliar eficazmente al juez en la determinación de lo justo concreto, puesto que exigen directamente el respeto de bienes jurídicos primordiales sobre los que constantemente se entablan litigios en los que se corre un riesgo inminente de violarlos.

En mi opinión sería en extremo útil que el juzgador siempre, aunque existiera norma jurídica aplicable, incluyera los principios generales del derecho en sus sentencias para que, tanto la interpretación judicial como las argumentaciones desarrolladas en la motivación de las mismas tengan el soporte debido, evitando con esto, la violación de los derechos humanos de los justiciables.

4.5. LA SENTENCIA Y SU MOTIVACIÓN

Se reconoce que hay parámetros comunes a toda sentencia definitiva, entendida ella según Pallares, como un acto jurisdiccional por medio del cual el juez resuelve las cuestiones principales materia del juicio o las incidentales que hayan surgido durante el proceso⁴⁷². Carlos Arellano García dice que la sentencia es el acto jurídico del órgano jurisdiccional en el que resuelve la controversia principal y las cuestiones incidentales que se han reservado para ese momento con apego al derecho vigente⁴⁷³. Los jueces de primer y segundo grado son los autores de las sentencias porque son órganos jurisdiccionales, los primeros son órganos unipersonales y los segundos son generalmente colegiados, no considero que exista una diferencia estructural esencial entre las sentencias de uno y otro, pudiéndose mencionar que la principal diferencia es formal y estriba en la preeminencia del juez *ad quem*, dada mediante un acto legislativo que por sí solo carece de soporte lógico, pero que con indudable sentido práctico causa el cierre necesario del sistema local de impartición de justicia, que podría ser conocido como ordinario. Las sentencias judiciales constituyen el producto principal del sistema de justicia. Por ellas se conoce no solo al sistema sino, en particular, a los jueces que las dictan. De modo que puede sostenerse que al examinar las sentencias se pasa revista a aquello que, en un país dado, es de verdad la justicia, no según sus textos legales, sino como vigencia efectiva para los ciudadanos.⁴⁷⁴

Tal vez los dos tipos de sentencia más afines son los de primera y segunda instancia, en tanto ambas recaen sobre los hechos, las premisas normativas, los encadenamientos causales, o presentación de argumentos en torno a los hechos y a las normas legales aplicables. En cualquiera de los dos tipos de sentencia termina comúnmente el proceso, la de primer grado en su fase resolutoria y la de segundo en su fase impugnativa, norman individualmente la conducta humana y

⁴⁷² Pallares, Eduardo, op.cit., p. 725.

⁴⁷³ Zorrilla, Jorge Alberto, op. cit., 403.

⁴⁷⁴ Pásara, Luis, *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, Unan. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p.1.

se denominan, por su función en el dicho proceso, sentencias definitivas las cuales definen una controversia en lo principal, estableciendo el derecho en cuanto a la acción y la excepción que hayan motivado la *litis contestatio*...”⁴⁷⁵. Las sentencias de primera y segunda instancia deberían competir en calidad argumentativa, en precisión interpretativa de los textos normativos y en un mejor análisis de los hechos o de la valoración probatoria para así poder comprobar que, aunque la sentencia de primer grado es de alta calidad, la de segundo grado es todavía mejor; pero en la realidad la exclusión de la sentencia de primera instancia que es de muy baja calidad y la sustitución por la de segundo grado que es de igual o mediana calidad, se produce mediante el criterio de simple formalidad. En este punto la argumentación es el marco y el medio para decidir con justicia o con equidad y como se había expuesto anteriormente, para reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia, pues es importante que el juez, cualquiera que sea el nivel en el que debe decidir, proporcione las razones (que justifiquen su posición representativa con pretensión de corrección⁴⁷⁶) por las que se llegó a utilizar una norma jurídica (ya sea un principio o una norma particular) en lugar de otra, determinándole un alcance y no otro, en el caso de los hechos presentando las razones por las cuales los calificó un peso a unos y no a otros con la finalidad de aclarar el modo con que llegó a la convicción después de haber estudiado y valorado las pruebas. En este sentido los principios generales del Derecho ayudarán a realizar las mencionadas valoraciones sin que se dé un abuso discrecional que violente los derechos humanos de los justiciables en la búsqueda de una solución adecuada al caso por decidir. Se puede asegurar que los principios generales del Derecho en el caso de la jurisdicción local son normas orientadoras de su función interpretativa, en cuanto señalan los motivos y criterios de interpretación de las demás normas indicando las fórmulas interpretativas que debe elegir. Por ejemplo, una norma acorde con los principios generales del Derecho debe ser interpretada en forma extensiva y amplia; en cambio las normas

⁴⁷⁵ Ovalle Favela, op. cit., p. 203.

⁴⁷⁶ Alexy, Robert e Ibáñez Perfecto Andrés, op. cit., p. 15.

que aparezcan en contradicción con algún principio general deben ser interpretadas de manera restrictiva⁴⁷⁷. En el caso del juez constitucional igualmente es necesario que argumente, pero las condiciones y el material de que dispone es diferente puesto que encuentra a su paso contradicción entre normas particulares y por lo tanto anuladas a la luz de principios, colisiones entre principios que tienen un peso específico y por lo tanto colisión entre derechos humanos. ¿Qué visión debe tener el juez constitucional?; ¿Qué perspectiva es la más adecuada para enfrentar casos difíciles?; Antes había afirmado que la dignidad humana, siendo un principio informador de nuestro orden jurídico, posee cualidades suficientes para ser un criterio interpretativo que debe ser acompañado de los argumentos que sustenten su criterio, indispensable en la función jurisdiccional, debido a que es el único modo de evitar la violación de los derechos humanos. Ya nuestra Carta Magna en su artículo primero, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su considerando primero y quinto, la Constitución Alemana en su artículo primero y la Constitución Española en su artículo décimo, consideran la dignidad humana valiosa per se, lo que obliga a todo juzgador pero principalmente a los que ejercen un control constitucional de nuestro sistema jurídico a considerar la dignidad humana como un criterio interpretativo de los diversos ordenamientos jurídicos vigentes. Es un ejemplo claro de que el juez constitucional debe considerar la dignidad humana y por lo tanto también sus derechos, en su función, el hecho de que los elementos que constituyen un agravio en el juicio de amparo se refieren directa, personal y objetivamente a la violación de principios jurídicos que protegen de manera inmediata (invirtiendo el sentido) los derechos humanos y por lo mismo la dignidad humana.

Violación de las Garantías Individuales. Siendo los derechos del hombre los caracteres esenciales de la naturaleza humana, puede afirmarse que siempre que se trata de un individuo, basta esta circunstancia para que se le

⁴⁷⁷ Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2ª. Edición, México, Oxford University Press, 2002, p. 134.

reconozcan todos los derechos inherentes a su propia naturaleza y como estos le son indispensables para su conservación y desarrollo, su condición jurídica normal, respecto de ellas, viene a ser la de estar en el pleno goce de todos los que le son propios; de suerte que cuando le son restringidos o violados, surge una situación jurídica de excepción, en la que, al reclamar el individuo el menoscabo de sus garantías, toca a la autoridad demandada, es decir a la responsable y no al quejoso, dentro del juicio constitucional, la justificación de que la restricción de derechos se ha producido en consecuencia con el sistema legal que nos rige y de conformidad con las instituciones; por esto la Suprema Corte de Justicia ha establecido que las autoridades deben fundar y motivar sus actos, de tal manera, que no basta que exista alguna prevención legal, para que la autoridad, sin citarla y sin apoyarse en ella, pueda dictar o llevar a cabo sus determinaciones.

Amparo penal en revisión 12143/32 Sec. 1° Vizcaíno José de Jesús. Quinta Época. Tomo XXXII-1. Pág. 559. 3 de febrero de 1933.⁴⁷⁸

Este es el primer punto que un juzgador debe tomar en cuenta para tener una visión humana y práctica y para resolver casos difíciles, después considero importante que el juez en sus razonamientos prácticos adquiera un criterio adecuado, es indispensable que, cuando exista conflicto de normas particulares estudiadas a la luz de principios jurídicos, se coloque en la posición que Dworkin propone, tesis que afirma que “las reglas (normas particulares) ofrecen una estructura enteramente distinta a la de las colisiones entre principios, por ejemplo, en un conflicto entre reglas (normas particulares) se puede esgrimir el argumento del todo-o-nada, pues cuando una regla manda algo y otra prohíbe lo mismo, sin que una regla establezca una excepción para la otra, al menos una debe ser invalida... si se tiene en cuenta la posibilidad de que con ocasión de la decisión de

⁴⁷⁸ Acosta Romero, Miguel y Góngora Pimentel, Genaro David, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2° edición, México, Porrúa, 1984, p.206.

un caso se introduzca en una regla una nueva excepción hasta entonces desconocida”⁴⁷⁹ serán la virtud de la equidad dirigida por los principios generales del Derecho la que, argumentando, llegará a la solución más conveniente. Cuando existe conflicto entre normas particulares que se contradicen, o conflicto en el que se duda cual de las normas es la aplicable, los principios jurídicos son sumamente útiles, pues su conformación permite al juzgador distinguir que norma es invalida o cual inaplicable. En estos casos son aplicables principios que, sin ser los de mayor peso o alcance como lo son los principios constitucionales, son una dirección adecuada para resolver dichos conflictos normativos. Estos principios son aplicables con cierta regularidad en la interpretación y argumentación realizada en la motivación de sus sentencias hechas por los jueces ordinarios por estar generalmente *insitos* (dichos principios) expresamente en los textos legales: Las reglas de interpretación e integración son legales y doctrinarias y son diversas de los métodos o procedimientos de que se vale la técnica jurídica para el desarrollo de la actividad interpretativa que se han enumerado con antelación; son aforismos o máximas que guían el procedimiento de interpretación.

Las doctrinales son:

- 1ª. Cuando la ley es clara, no debe eludirse el texto, so pretexto de penetrar el espíritu; en la aplicación de una ley obscura se debe preferir el sentido más natural y que es menos defectuoso en la ejecución.
- 2ª. Para fijar el verdadero sentido de la ley, hay que combinar y reunir todas sus disposiciones.
- 3ª. La presunción de un juez no debe fundarse en la de la ley.
- 4ª. No es permitido distinguir cuando la ley no distingue, ni deben hacerse excepciones que ella no contenga.
- 5ª. La aplicación de la ley debe tener lugar en aquel orden de cosas para el cual ha sido establecida.
- 6ª. No debe razonarse de un caso para otro sino cuando existe el mismo motivo de decidir.

⁴⁷⁹ Alexy, Robert, op. cit., p.10.

7ª. Cuando la ley, por temor de algún fraude, declara nulos ciertos actos, sus disposiciones no pueden ser eludidas en el concepto de haberse probado que tales actos no son fraudulentos.

8ª. La distinción de las leyes odiosas o de las leyes favorables con la mira de ampliar o restringir sus disposiciones, es abusiva.

También se utilizan los siguientes aforismos.

1º. Evitar cualquiera interpretación de la ley que conduzca al absurdo; constituye este principio el llamado argumento *ad absurdum*, que consiste en probar una proposición por el absurdo proveniente de admitir la contraria. Este es uno de los elementos de la interpretación restrictiva.

2º. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Se funda éste en la consideración de que, si el legislador hubiera querido hacer distinción o excepción, la hubiera consignado expresamente.

3º. *Ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet* es el argumento a *pari* o de analogía, es decir, encuadrar un caso en la disposición de otro invocando la identidad de situaciones jurídicas entre los dos; también se comprenden las leyes de excepción que no pueden ser extendidas de un caso a otro, por analogía, en virtud de la diversa regla que dice: *Exceptio est strictissimae interpretationis*.

4º. *Inclusio unis exclusio alertis; quod lex dicit de uno, negat de altero* este es el argumento llamado a *contrario sensu*. Sin embargo, el hecho de que el legislador mencione un caso y no otro, no quiere decir que haya querido excluir de la disposición legal este último.

Además, el argumento a contrario tiene lugar cuando se trata de disposiciones de excepción, por la regla.

Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis o sea el vulgar: La excepción confirma la regla y no en todos los casos.

5º. Es un argumento de interpretación que, si la ley autoriza lo más, tácitamente autoriza lo menos, el que se contiene en la formula: *a majori ad minus*. La extensión de la ley, en su texto y en su espíritu, puede ser reducida en su aplicación sin violación de la misma. La inversa también es verdadera, cuando la ley prohíbe lo menos, con mayor razón prohíbe lo más; argumento que se

expresa: *a minori ad majus*. Por último, todo aquello que es favorable en la aplicación de las leyes, podrá y deberá ser objeto de ampliación; en cambio lo dañino o perjudicial, deberá restringirse, lo cual se encierra en esta fórmula: *Odia restringenda; favores ampleandi*.

También se tiene el caso de que en una situación concreta dos principios colisionen, lo cual ocurre comúnmente en los juicios constitucionales, cuestión que no impide que en algunos casos se presente ante los jueces ordinarios y es que debido a la textura abierta del lenguaje normativo y a la manera en que las normas jurídicas particulares pueden ser completadas, es necesario que se detenga bajo ninguna circunstancia, por más complicada que parezca, la justa y equitativa resolución de casos concretos. Continúa Alexy, en el sentido de proporcionar un criterio adecuado que solucione la presencia de dos principios aparentemente aplicables en una misma situación, diciéndonos que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso (*dimension of weight*) que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios, se da un valor decisorio al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado (o pierda valor el principio no aplicable al caso en cuestión) el principio con el peso relativamente menor⁴⁸⁰. Un principio retrocede ante otro no porque compita su alcance o su validez, sino porque en el caso concreto uno es aplicable y otro no, por lo que, el juzgador al final de cuentas tendrá que proporcionar las razones suficientes para demostrar, en la medida de lo posible que un principio es aplicable y que el otro debe retroceder. Esto no quita la necesidad de que exista un orden de prioridad débil entre los principios, pues estos valen y al valer se colocan en una escala jerárquica. Parece contradictorio que al teorizar se ordene de un modo y en la práctica se altere dicho orden. Está contradicción se daría si se fuere partidario de un orden estricto de valores y principios, puesto que no es posible que un orden conduzca, en todos los casos, a un mismo resultado. El programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y la

⁴⁸⁰ Alexy, Robert, op. cit., Ídem.

intensidad de la realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado y ha encontrado.⁴⁸¹ Ante esta posibilidad es necesario que el juez se coloque en la perspectiva de lo que Alexy considera la mejor visión; un orden débil, el cual desde mi punto de vista debe partir de lo que Hart denominó como perspectiva interna del sistema. Este orden consta de tres elementos; 1) un sistema de condiciones de prioridad, 2) un sistema de estructuras de ponderación, 3) un sistema de prioridades *prima facie*.⁴⁸² Para que se comprendan plenamente dichos elementos considero conveniente presentar lo que brillantemente expone Alexy con lo cual quedan asentadas firmemente las bases de la teoría argumentativa que deberán considerar los juzgadores en general pero en particular y de un modo especial los jueces constitucionales:

1) Condiciones de prioridad:

El que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en el caso concreto, no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para el caso concreto. Antes bien. Pueden establecerse, con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos.

Las condiciones de prioridad establecidas hasta el momento en un sistema jurídico y las reglas que se corresponden con ellas proporcionan información sobre el peso relativo de los principios. Sin embargo, a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características, no se puede construir con su ayuda una teoría que determine para cada caso precisamente una decisión. Pero de todos modos, abren la posibilidad de un procedimiento de argumentación que no se daría sin ellas. Este procedimiento, desde luego, debe ser incluido en una teoría completa en la argumentación jurídica.

2) Estructuras de ponderación.

⁴⁸¹ Alexy, Robert, op. cit., p.14.

⁴⁸² Alexy, Robert, op. cit., pp. 14-15.

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 de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto. Con ello se dice, *grosso modo* (lo que se puede demostrar de manera exacta) que el principio de proporcionalidad, con sus tres principios parciales ya mencionados, se sigue lógicamente del carácter principal de las normas y éste de aquél.

3) Prioridades *prima facie*.

El tercer elemento de una teoría débil de los principios son las prioridades *prima facie*. Ya se mencionó un ejemplo. En una información actual sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad. Las prioridades *prima facie* establecen cargas de la argumentación. De esta manera crean un cierto orden en el campo de los principios. Desde luego, no contienen una determinación definitiva. Si son más fuertes los argumentos a favor de una prioridad de un principio se juegan en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la prueba. Con ello, el orden depende de nuevo de la argumentación.⁴⁸³

En este orden de ideas, Alexy asegura que la argumentación es el medio adecuado para obtener una decisión racionalmente fundamentada⁴⁸⁴ en juicios prácticos que eviten toda actitud intelectual subjetivista, relativista, absolutista y cognocitivistista que desemboque en la práctica en absurdos irracionales. Por lo cual dicho autor nos presenta la teoría de la argumentación inserta en un discurso de naturaleza procedimental que protege el camino que la razón práctica recorre en la búsqueda de la solución justa del caso concreto. Robert Alexy nos dice que;

⁴⁸³ Alexy, Robert, op. cit., pp. 15-17.

⁴⁸⁴ Alexy, Robert, op. cit., p. 18.

La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.

El concepto de relación de precedencia condicionada tiene importancia fundamental para la comprensión de la colisión de principios y con ello, para la teoría de los principios.⁴⁸⁵ Así pues, Alexy nos presenta un caso significativo en el cual se puede observar la necesidad de atender al caso concreto atendiendo a la relación de precedencia condicionada mediante argumentos: Un ejemplo lo ofrece el caso Lebach del Tribunal Constitucional alemán, en el que se trataba de una información televisiva repetida, no amparada ya por un interés informativo actual, sobre un delito grave, emitida un poco antes de la excarcelación del autor. La argumentación del tribunal se desarrolla en tres niveles. En el primer nivel constata una colisión entre la protección fundamental e igual de la personalidad y la libertad de información. En el segundo nivel establece que bajo una condición determinada y relativamente abstracta, esto es, la de una información actual sobre un delito grave, existe una prioridad de principio o *prima facie* en favor de la libertad de información. En el tercer nivel decide finalmente que bajo cuatro condiciones que se dan en el caso Lebach, a saber, una 1) información televisiva repetida, 2) no amparada y por un interés informativo, 3) sobre un delito grave, 4) que pone en peligro la resocialización del autor, la protección de la personalidad prevalece sobre la libertad de información. Esto significa que tienen validez las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente y que, por tanto, la emisión del programa televisivo está prohibida bajo estas cuatro condiciones. Lo último lleva a una idea fundamental para la relación de los niveles de la regla y de los principios, que se puede formular en una ley de colisión: las condiciones, bajo las que un

⁴⁸⁵ Alexy, Robert, op. cit., p. 92.

principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente.⁴⁸⁶

La tesis que a continuación volveré a presentar confirma la necesidad de argumentar apoyándose en principios con la finalidad de limitar la posibilidad de arbitrariedad por parte de cualquier autoridad que decida algún conflicto concreto:

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD.⁴⁸⁷

Definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción implique conceptos científicos, tecnológicos, axiológicos, económicos, políticos, sociológicos o de otras disciplinas, pues de suyo requiere acudir a ellas. Frente a tal caso es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e implica estar en zonas de incertidumbre decisoria o probabilidad que necesariamente conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio. Sin embargo, tener que sortear tales imprecisiones y vaguedad en la apreciación intelectual y cognoscitiva no es en realidad un caso de discrecionalidad ni de apreciaciones subjetivas. Efectivamente, al tenor de la intelección de los fines de la norma, aunado a la estimación de valores, políticas, principios e intereses en conflicto, todo ello situado en su contexto e interactuando, se obtiene que la autoridad debe encontrar una solución o respuesta en el caso concreto. Para

⁴⁸⁶ Alexy, Robert, op. cit., p.15.

⁴⁸⁷ Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXII, Septiembre de 2005, Tesis: I.4o.A.59 K, p. 1431, Tesis Aislada, Materia: Común. Registro: No. 177342.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

completar la idea conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del Juez es ilimitada y b) Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública. Ello exige un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social pues sólo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente, de suerte que la autoridad debe motivar cómo es que valoró y connotó, hecho y derecho ya que a pesar de las apariencias se trata de un esquema condicional en el que se debe aplicar la regla a través de la subsunción y asignación de las consecuencias que el fin de la norma exige atender -intención y propósito del sistema normativo-. Así pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión fiscal 49/2005. Administrador de lo Contencioso de Grandes Contribuyentes en representación del Secretario de Hacienda y Crédito Público, del Jefe del Servicio de Administración Tributaria y de la autoridad demandada. 13 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Claudia Patricia Peraza Espinoza.

En este sentido Alexy propone una teoría del discurso formada por un conjunto de reglas que se extienden desde aquellas que exigen no contradicción, claridad lingüística y verdad empírica, pasando por aquéllas que expresan la idea de universalidad, entre otras cosas asegurando a cada uno el derecho a tomar parte en el en el discurso, hasta aquéllas que rigen para la argumentación

consecuencialista, la ponderación y el análisis de la formación de convicciones normativas, constituyéndose con esto además de un verdadero código de la razón práctica una base firme para la crítica de la decisión judicial en el marco del sistema jurídico en su conjunto.⁴⁸⁸ Es necesario que los jueces sustenten sus decisiones con argumentos razonables. El conocimiento de tal circunstancia debe imponer al juez un esfuerzo especial por demostrar racionalmente que la solución encontrada es justa y aceptable principalmente en lo que se refiere a los argumentos. En este orden de ideas, se puede afirmar que la sentencia debe ser una obra de arte bien argumentada que se complementa con la formalidad procesal, en razón del principio de seguridad jurídica, en la búsqueda del estado de cosa juzgada. Arriba se estudiaron los tipos de argumentos y su importancia ahora considero pertinente retomar brevemente el punto con la finalidad de establecer, siguiendo las razones de Alexy, la importancia (la fuerza) y las relaciones entre el plano sustancial y el formal en el que se desarrollan los diversos tipos de argumentos presentes en las sentencias, así como, de demostrar la imperiosidad de argumentar bien dichas sentencias: Los argumentos lingüísticos, genéticos y sistemáticos se afianzan directa o indirectamente en la autoridad del derecho positivo. Son por esto argumentos institucionales. Los argumentos prácticos generales derivan al contrario su fuerza sólo de la corrección de su contenido. Por eso son argumentos sustanciales. Aquí debe sólo tratarse de la relación entre esos dos grupos de argumentos. La relación jerárquica dentro de ellos deberá dejarse de lado. La teoría discursiva del derecho conduce, como se ha expuesto, a la necesidad de institucionalización de un sistema jurídico. Esto implica la autoridad del derecho positivo. Una institucionalización lograda conforme a los criterios de la teoría del discurso incluye los principios del Estado constitucional democrático, entre otros, el de democracia, el de separación de poderes y el de Estado de Derecho. La noción de autoridad del derecho positivo, apoyada por este principio, exige una preeminencia de los fundamentos institucionales sobre los sustanciales. Esta primacía es sin

⁴⁸⁸ Alexy, Robert, op. cit., p. 19.

duda sólo *prima facie*. Fundamentos sustanciales pueden tener en casos concretos un peso tan grande que primen sobre los institucionales. Esto no sólo refleja la praxis prevaleciente y la opinión generalizada; también puede acreditarse sistemáticamente. Cuando el sistema jurídico como un todo pretende el intento de realizar la razón práctica, la tensión entre autoridad y corrección del contenido se mantiene en todas sus ramificaciones.

El hecho de que argumentos institucionales sólo gozan de una prevalencia *prima facie* significa que la argumentación jurídica, aún cuando argumentos institucionales conduzcan a un resultado determinado, sigue dependiendo de argumentos sustanciales y práctico-generales. Esto se muestra no sólo en el caso dramático de una decisión contra el tenor literal, sino también en la evaluación de una sencilla subsunción como no problemática. Dicha apreciación encierra el juicio de que ningún motivo sustancial importante se expresa contra la decisión. Esa dependencia se aclara en toda su extensión, cuando argumentos institucionales no conducen a ningún resultado o a resultados distintos, o cuando ellos pueden ser complementados por argumentos prácticos generales, como generalmente es el caso de la ponderación de principios opuestos.

Lo anterior indica que la idea del discurso, a pesar de toda intitucionalización, puede y debe permanecer viva. Así se justifica calificar a la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general.⁴⁸⁹

La aceptabilidad y suficiencia de los argumentos considero que se inserta como soporte lógico y valorativo, en la motivación de las sentencias, las cuales, en general, vienen poco claras y mal argumentadas. La labor jurisdiccional puede tomarse como un verdadero peligro si no se legitima por las bondades argumentativas, por el rigor del análisis y por la seriedad de su motivación, tanto de las sentencias del juez a quo, como de las del mismo *ad quem*. Sólo queda el argumento de institucional -que ni siquiera nos lleva a realizar en su plenitud el valor de la seguridad jurídica a pesar de -, que permite presumir, precariamente, el acierto del fallo.

⁴⁸⁹ Alexy, Robert, op. cit., pp.57-59.

Continuando con los parámetros comunes de las sentencias y para terminar de proporcionar razones que apoyen la exigencia de elevar su calidad argumentativa con el apoyo de los principios jurídicos, se puede asegurar junto con la doctrina que los requisitos que debe tener la sentencia judicial se clasifican en externos o formales e internos o substanciales.⁴⁹⁰

a) Los requisitos formales son las exigencias que establecen las leyes sobre la forma que debe revestir la sentencia.⁴⁹¹ Se refieren a la identificación de la sentencia, a los fundamentos de hechos y de derecho y los puntos resolutivos.⁴⁹²

1. La parte de identificación de la sentencia.- se refiere al lugar y a la fecha en que se dicta está; al juez o tribunal que la dicta; a los nombres y apellidos de las partes; al carácter con que estas litigaron y a las prestaciones reclamadas.

2. La parte relativa a los fundamentos de hecho.- En la práctica de los tribunales todavía se sigue utilizando la denominación “Resultando”⁴⁹³, son los actualmente conocidos como resultandos. En esta parte de la sentencia se contiene la relación de los puntos cuestionados, de los hechos que estuvieron a debate en el proceso, que fueron controvertidos por las partes en el mismo⁴⁹⁴, además de la relación de las pruebas e incidentes pendientes.

3. Los fundamentos de derecho o considerandos es la parte de la sentencia en donde se examina la aplicabilidad al caso concreto, de los preceptos legales, jurisprudenciales o de cualquier otra índole y los principios jurídicos generales en los que las partes fundaron sus pretensiones.⁴⁹⁵ En esta parte de la sentencia puede ser conveniente que se exprese la manera en que fueron útiles los principios jurídicos en lo que se refiere a la elección del material normativo que el juzgador consideró aplicable al caso concreto. Así mismo; El código procesal vigente en el Distrito Federal en su artículo 82, exige que el juzgador “apoye sus

⁴⁹⁰ Ovalle Favela, José, op. cit., p. 205.

⁴⁹¹ Ovalle Favela, José, op. cit., Ídem.

⁴⁹² Dorantes Tamayo, Luis, *Teoría del proceso*, 6ª. Edición, México, Porrúa, 1998, p.349.

⁴⁹³ Dorantes Tamayo, Luis, op. cit., pp. 349-350.

⁴⁹⁴ Dorantes Tamayo, Luis, op. cit., Ídem.

⁴⁹⁵ Dorantes Tamayo, Luis, op. cit., Ibídem.

puntos resolutiveos en preceptos legales o principios jurídicos, de acuerdo con el artículo 14 constitucional”. Este precepto se refiere tanto a la exigencia de que la sentencia tenga puntos resolutiveos, cuanto al requisito de que en ella se expresen los fundamentos de derecho.⁴⁹⁶

4. La parte de los puntos resolutiveos.- Finalmente, el juzgador, en esta parte, resuelve todos los puntos litigiosos que las partes plantearon⁴⁹⁷ en la demanda.

Y por último el artículo 80 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal exige que todas las sentencias de primera y segunda instancias sean autorizadas por jueces, secretarios y magistrados con “firma entera”.⁴⁹⁸

b) Los requisitos internos o substanciales de la sentencia son aquellos que conciernen y no al documento, sino al acto mismo de la sentencia⁴⁹⁹ y son tres :

La congruencia, la motivación y la exhaustividad de la sentencia.⁵⁰⁰

1. La congruencia es el deber del juzgador de pronunciar su fallo de acuerdo exclusivamente a las pretensiones y negaciones o excepciones que, en su caso, hayan planteado las partes durante el juicio. El requisito de congruencia prohíbe al juzgador resolver más allá *ultra petita* o fuera *extra petita* de lo pedido por las partes... La Suprema Corte de Justicia de la Nación distingue entre congruencia interna y congruencia externa de la sentencia⁵⁰¹. La primera consiste en que la sentencia no debe contener resoluciones o afirmaciones contradictorias, es decir, que todas sus partes deben ser armónicas⁵⁰² y la segunda consiste en que la resolución del juzgador debe adecuarse a las pretensiones y peticiones hechas valer en el proceso.⁵⁰³

⁴⁹⁶ Ovalle Favela, op. cit., p.205.

⁴⁹⁷ Dorantes Tamayo, Luis, op. cit., p.350.

⁴⁹⁸ Ovalle Favela, José, op. cit., p.205.

⁴⁹⁹ Ovalle Favela, José, op. cit., p. 206.

⁵⁰⁰ Dorantes Tamayo, Luis, op. cit., p.351.

⁵⁰¹ Ovalle Favela, José, op. cit., p. 206.

⁵⁰² Dorantes Tamayo, Luis, op. cit., p.351.

⁵⁰³ Dorantes Tamayo, Luis, op. cit., Ídem.

2 La motivación tiene su fundamento en el deber constitucional de fundar y motivar los actos de autoridad que afecten los derechos e intereses jurídicos de los gobernados, impuesto por los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna. Es la parte de la sentencia en donde el juzgador va a fundar y razonar los hechos que considere probados precisándolos con base a la valoración de los medios de prueba practicados. En lo que se refiere al deber de fundar las sentencias establecido en el artículo 14 constitucional no se cumple con solo citar o mencionar los artículos del texto legal sino que además exige que el juzgador exponga las razones o los argumentos por los que estime aplicables dichos preceptos, por lo cual este es el lugar apropiado para que el juzgador ponga en práctica su habilidad argumentativa con la dirección de los principios jurídicos; así lo ha reconocido la propia Suprema Corte de Justicia: “No basta la simple cita de preceptos legales, en una resolución, para considerar motivada está, sino que es preciso que expongan las argumentaciones pertinentes que conduzcan a establecer la decisión correspondiente.”⁵⁰⁴

Un orden jurídico evolucionado sólo considera admisibles aquellas decisiones fundamentadas en juicios, criterios o parámetros claramente identificables -como pueden ser los principios generales del Derecho- que puedan ser examinados desde una perspectiva no solo interna sino también externa al sistema jurídico y por lo tanto a la decisión misma. La decisión judicial supone la elección entre diversas alternativas; ello implica que es posible construir varias decisiones (lo cual es conocido como discrecionalidad judicial) y que aquella con pretensión de erigirse en la decisión judicial correcta es apenas una dentro de un repertorio de decisiones posibles. El juzgador tiene la exigencia de elegir una ya sea de conformidad las normas jurídicas pertenecientes al ordenamiento jurídico aplicable o desde una perspectiva conforme con el espíritu del sistema jurídico vigente para lo que es necesario apoyar al juez con instrumentos intrínsecamente válidos y claramente capaces de dirigirlo y limitarlo en su única determinación; estos instrumentos, los más adecuados, son los principios jurídicos. Por supuesto que sí

⁵⁰⁴ Ovalle Favela, José, op. cit., p. 207-208.

sólo existiera una decisión posible, si el juez no tuviera elección entre varias opciones de naturaleza contingente, el trabajo judicial pudiera ser encargado a un ordenador que siguiendo algún algoritmo predeterminado podría llegar a descubrir con facilidad la decisión correcta.

Un panorama semejante solo sería posible reduciendo la vaguedad de los términos que fijan un sentido único para las expresiones utilizadas, lo cual resulta imposible por lo ya argumentado en capítulos anteriores, habida cuenta de la textura abierta del lenguaje jurídico y de la complejidad y variabilidad de la realidad humana.

La exigencia de motivación supone que el juez muestre cuál es el (método) recorrido para arribar a una decisión entre las muchas posibles. Igualmente la fundamentación facilita un rastreo aproximado sobre cuáles fueron las razones que llevaron al juez a elegir mediante un proceso discursivo-argumentativo, con un sistema de estructuras de ponderación, por un sistema de condiciones de prioridad o por un sistema prioridades *prima facie*, entre las varias opciones de decisión en colisión.

Lo conveniente es agotar las decisiones posibles para un caso y entre ellas, buscar la más adecuada en función de la razonabilidad y aceptabilidad de los argumentos con el auxilio directivo de los principios generales del derecho.

Cuando un juez se representa para sí una gama de soluciones posibles y de entre ellas elige una, su trabajo en solitario debe tener la pretensión de encontrar lo justo concreto y de presentarlo con claridad y precisión a las partes y a la sociedad en su conjunto. La obligación de motivación y fundamentación tienen por objeto no solo que el juzgador exprese sus razones de hecho y sus argumentaciones jurídicas sino, sobre todo, que tales razones y argumentaciones puedan ser revisadas y por lo tanto comprendidas por el tribunal de alzada, por los juristas en general y por la sociedad entera. Está realidad se endereza a la formación de un Estado justo, transparente y democrático, el cual busca restablecer el orden social desde una visión humana, jurídica y por lo tanto racional. Al construir la sentencia, auxiliado en todo momento por los principios generales del Derecho, el juez está asumiendo que es esa la decisión conveniente, pues tiene razones para

asegurarlos en premisas jurídicas completas y claras, lo cual le da seguridad para realizar la última elección, debido a que las normas jurídicas interpretadas a la luz de los citados principios, seguramente evitaran en la medida de lo posible que se dejen de considerar soluciones aplicables al conflicto en cuestión. Dejar de considerar otras opciones porque las normas no las expresaban claramente merece reproche y descalificación, pero si la argumentación del juzgador es insuficiente, su actuación arbitraria puede quedar impune si no se emiten siquiera señales –que desde mi punto de vista pueden ser los principios generales del Derecho dirigiendo la argumentación- del camino seguido por el juez para arribar a la decisión. La falta de una norma jurídica que constriña al juzgador para que dirija y complete sus argumentos, hace que cualquier juez, ante las dificultades de motivación nacidas de la complejidad del asunto o de sus limitaciones como argumentador, elimine inconsciente o conscientemente la decisión más adecuada (la solución justa) pero de difícil argumentación o que requiere compromiso o desgaste político. Lo que se busca exigiéndole calidad argumentativa es limitar el margen de error siempre existente y provocar en el juez la obligación de mostrar el recorrido que le hizo decidir el conflicto, para exigirle posteriormente, la responsabilidad correspondiente.

Volviendo sobre la exigencia de motivación, no se debe desdeñar que ella tiene como función igualmente importante, no sólo buscar el acierto, sino también intentar demostrar que el juez tiene el propósito de no acertar sin comprender. En verdad, la garantía de motivación sustentada u orientada por principios demanda que el juez muestre cuál fue el camino recorrido, el proceso racional seguido para arribar a la decisión; la garantía de motivación significa dejar a un lado la arbitrariedad en la medida en que las partes del proceso, los observadores externos y los controladores de la decisión pueden seguir el camino que llevó al juez a determinada solución, para así acreditar que a ella no se llegó por mera coincidencia, por un arrebatado de adivinación o cuestión similar, sino siguiendo caminos que pueden ser rastreados y reconstruidos racionalmente. En este particular requisito substancial de la sentencia propongo que se exija al juzgador incluir los principios generales del Derecho. Considero, que por las circunstancias

expuestas, es necesario apoyar la motivación de la sentencia tanto en la ley u ordenamiento jurídico, como en los principios generales del derecho contrariamente a lo que expone la siguiente tesis:

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.⁵⁰⁵

No es necesario acudir a los principios generales del derecho para fundar una sentencia, cuando ésta se funda en la ley.

Amparo civil directo 2708/35. Tapia Genoveva. 25 de noviembre de 1939. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Francisco H. Ruiz. La publicación no menciona el nombre del ponente.

La tesis antes puesta no niega la posibilidad de siempre hacer uso de los multicitados principios, simplemente afirma que no es necesario acudir a ellos, soslayando con esto, su capacidad para dirigir, en toda ocasión, la actividad interpretativa y aplicativa del juzgador, cuestión que no me parece apropiada debido a que la función que desempeñan en el ordenamiento jurídico y en este momento histórico, los habilita como instrumento auxiliar, siempre útil, en la labor argumentativa *insita* en la sentencia judicial otorgada en el desempeño de la función jurisdiccional.

⁵⁰⁵ Quinta Época Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación , Tomo: III, Administrativa, P.R. TCC, Tesis: Aislada, Materia: Común, Civil. Registro: No. 355408. <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.⁵⁰⁶

Tradicionalmente se ha considerado en el sistema jurídico mexicano que los Jueces para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho según la expresión recogida por el Constituyente en el artículo 14 de la Carta Fundamental. La operancia de estos principios en toda su extensión -para algunos como fuente de la cual abrevan todas las prescripciones legales, para otros como su orientación afín- no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional invocado, sino que aun sin positivización para otros órdenes de negocios, es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación más general de los valores *insitos* en la concepción actual del derecho. Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de justicia de una comunidad.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

⁵⁰⁶ Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Apéndice 2000, Tomo: XII, p. 465, Tesis: 499, Tesis: Aislada, Materia: Administrativa. Registro: No. 912064.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

Queja 93/89.-Federico López Pacheco.-27 de abril de 1989.-Unanimidad de votos.-Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.-Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos.

Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo III, Segunda Parte-2, enero a junio de 1989, página 573, Tribunales Colegiados de Circuito.

Con lo anterior se confirma la utilidad que los principios jurídicos en la labor desempeñada por los jueces... los principios jurídicos son siempre prescripciones jurídicas: ya actúen como fundamento o criterios de interpretación de otras normas, como fuente supletoria de la ley o costumbre o como simple mandato que obliga a actuar en el sentido del valor consagrado por el principio. Su condición prescriptiva es, por tanto, predicable de cualquiera de sus funciones y no sólo, como algún autor ha querido ver, cuando actúan como fuente supletoria de la ley.⁵⁰⁷

3. Por último quedó pendiente señalar que el requisito de exhaustividad impone al juzgador el deber de resolver sobre todo lo pedido por las partes. El art. 81 del CPCDF establece que en la sentencia el juzgador debe decidir “todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.”⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ Beladiez Rojo, Margarita, op. cit., p.98.

⁵⁰⁸ Ovalle Favela, José, op.cit., p. 208.

CONCLUSIONES

1. Considero que, siendo el ser humano el centro de estudio de las ciencias sociales, debe serlo también de la ciencia jurídica. Su grandeza natural reside en su dignidad, en sus derechos y en su capacidad de ser virtuoso, por lo cual, todo lo jurídico tiene su raíz en el ser humano y debe orientarse a proteger dicha dignidad con el sustento que aportan las personas, que en la práctica, administran justicia con el deseo de perfeccionamiento ético, que día a día aspira a realizar empresas de mayor altura. La justicia, cuyo objeto es el *ius*, es, desde mi punto de vista, el enlace entre el ámbito ético y el jurídico pues cada uno encuentra su fundamento en el ser humano y su perfeccionamiento individual y social.

2. El buen juez no se puede entender si no posee y practica la virtud de la justicia (si en el ámbito ético no se perfecciona integralmente cada día), si en su tarea no se fija como fin lo justo concreto, que a fin de cuentas, es la protección institucionalizada de la dignidad humana. Cuando el juez determina que es lo justo puede ser que la certeza total no esté presente, debido a que la razón práctica, al juzgar con base en elementos circunstanciales, corre el riesgo de errar en una mayor o menor medida, para lo cual, es necesario que todas las facultades del juzgador y todos los instrumentos jurídicos estén preparados para enfrentar una cuestión tan complicada, pero a la vez tan sublime y necesaria.

3. La racionalidad humana, desde mi perspectiva, es el medio idóneo para lograr tan complicada labor, la presentación de razones y la vida virtuosa, explican el porqué, ante la colisión de derechos en el caso concreto, se ha decidido en favor de uno y no de otro. La culminación de la tarea jurisdiccional se presenta en la elección, que es como tal, un acto racional que depende del valor de las opciones

y de la realidad de las situaciones sobre las cuales recae la exigencia ineludible de decidir atribuyendo la medida de un derecho y protegiendo su existencia concreta mediante las consecuencias jurídicas previstas por las normas aplicables.

4. Entiendo que los derechos humanos son bienes jurídicos que fácilmente pueden ser dañados por la elección jurisdiccional, por lo cual, afirmo contundentemente que es necesario que el juez tenga siempre presentes principalmente en la parte determinante de su decisión (que es la sentencia), las prescripciones jurídicas, que mandan directamente actuar sin violentar el bien jurídico que ellas protegen; el derecho humano. Estas prescripciones jurídicas son los principios jurídicos cuyas características y funciones son suficientes no sólo para suplir los vacíos legales sino también para dirigir, como criterios claros de interpretación, la labor de cualquier juez en cualquier situación.

5. La motivación de las sentencias, es el lugar indicado para que el juez despliegue su habilidad argumentativa y no cabe duda, que ella se fortalecería si siempre se incluyeran los principios jurídicos, adquiriendo dichas sentencias, con la inclusión de los multicitados principios, mayor objetividad, claridad y dejando menos espacio a cualquier injusticia o arbitrariedad por parte de los jueces, con lo cual se perfeccionaría nuestro sistema jurídico en el ámbito de la administración de justicia, siempre en favor de una eficaz protección de los derechos del hombre y su dignidad. Todo lo anterior, en razón de que, como ya se ha dicho, los principios generales del derecho son las prescripciones jurídicas que protegen ante todo los derechos humanos y con ellos la dignidad humana.

6. Cada sentencia correctamente motivada y fundada en normas jurídicas interpretadas y aplicadas a la luz de principios jurídicos, es la comprobación de la vigencia y la justicia de todo el sistema jurídico, es la muestra viva de su coherencia, su unidad y su aplicabilidad racional. La argumentación congruente, completa y clara de una sentencia judicial es una muestra de que, el juez que la emitió, es excelente, prudente, sabio y justo.

7. La cultura jurídica debe tender a limitar el ejercicio del poder mediante la argumentación bien fundamentada en normas jurídicas que brinden, en la vida diaria, protección a los derechos humanos. Un proceso público, controvertido y reglamentado contribuye a garantizar la imparcialidad y exige del que juzga decisiones claramente argumentadas, objetivas e imparciales.

8. En la argumentación, los jueces tienen un apoyo objetivo y universalmente aceptado en los principios generales del Derecho y cuya utilidad se acepta en casi todo el mundo. Se debe recurrir a ellos para aumentar la legitimidad de la actuación judicial.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acosta Romero, Miguel y Góngora Pimentel, Genaro David, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2º edición, México, Porrúa, 1984.
2. Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política México, Fontamara, 1998.
3. Alexy, Robert y Ibáñez Perfecto Andrés, *Jueces y ponderación argumentativa*,
4. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Traducción), Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
5. Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, (Traductor: Luis Villar Borda), Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995.
6. Alexy Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, (Traducción: Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
7. Aristóteles, *Ética nicomaquea política*, Libro VII, cap. IV, México, Porrúa, 2000.
8. Azua Reyes, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, 2ª Edición, México, Porrúa, 1998.
9. Burgoa O., Ignacio, *Las garantías individuales*, 37ª. Ed., México, Porrúa 2004.
10. Balmes, Jaime, *El criterio*, México, Porrúa, 1999.
11. Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, Colección textos jurídicos universitarios, 5ª. Edición, México, Oxford, 1999.
12. Beladiez Rojo, Margarita, *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994.
13. Burgoa O., Ignacio, *Las garantías individuales*, 37ª. Edición, México, Porrúa 2004

14. Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, Vázquez, Rodolfo, Garapon, Antoine, (Compiladores), *Jueces y derecho problemas contemporáneos, El poder inédito de los jueces*, México, UNAM. Inst. Investigaciones Jurídicas, 2002.
15. Carbonell, Miguel, Orozco Henríquez J., Jesús, Vázquez, Rodolfo, (Coordinadores), Serie Estado de Derecho y Función Judicial, México, Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.
16. Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Buenos Aires, El Foro, 1994.
17. Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, (Traducción: Enrique Figueroa Alfonso), vol. 4, México, Biblioteca Clásicos del Derecho-Harla, 1994.
18. Carbonell, Miguel, Héctor Fix-Fierro, Rodolfo Vázquez, (Compiladores), Atienza, Manuel, *Jueces y derecho problemas contemporáneos*, México, Porrúa, 2004,
19. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 48° Edición, México, Sista, 2007.
20. Cathrein, Víctor, *El Derecho natural y el positivo*, 2ª Edición, (Traducción) Alberto Jardón y Cesar Barja, Filosofía del Derecho vol. XV, Madrid, Reus, 1926.
21. Chávez Castillo, Raúl, *Juicio de amparo*, 4ª Edición, Porrúa, México, 2004.
22. De Aquino, Tomás, (Introducción) Mauricio Beuchot, *Cuestión disputada sobre las virtudes cardinales*, México, BAC, 2000.
23. De Aquino, Tomás, *Suma Teológica*, Tomo IX, II-II, 108, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1955.
24. De Aquino, Tomás, *Tratado de la ley, tratado de la justicia, opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2007.
25. Del Vecchio, Giorgio *Los principios generales del Derecho*, 3ª Edición, (Traducción), Juan Osorio Morales, Barcelona, Bosh, 1933.
26. Faria, J. Rafael, *Curso superior de religión*, 11ª. Edición, Bogotá, Voluntad Ltda. 1961.

27. Floris Margadant S, Guillermo, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 26ª. Edición, México, Esfinge, 2006.
28. Galindo Garfias, Ignacio, *Interpretación e integración de la ley*, Colección Lecturas Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Número 38, México, UNAM, 2006.
29. García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984
30. García Fernández, Dora, *Manual para elaboración de tesis y otros trabajos de investigación*, 2ª. Edición, México, Porrúa, 2005.
31. García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1974.
32. García Máynez, Eduardo, “*Algunas reflexiones sobre la doctrina platónica de los preámbulos de las leyes (1988)*”, Semblanzas, discursos y últimos ensayos filosófico-jurídicos, México, Porrúa, 1989.

33. García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1996.
34. García, Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, México, Porrúa, 2001.
35. Gilson, Étienne, *El tomismo introducción a la filosofía de santo Tomás*, Colección Filosófica Número 29, 4ª. Edición, Pamplona, EUNSA, 2002.
36. Giorgio del Vecchio, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, Bosh, 1971.
37. González Uribe Héctor, *Teoría política*, México, Porrúa, 1972.
38. Habermás, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Taurus, 1981.
39. Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 2000.
40. Hart, L.A., *The Concept of Law*, Oxford University, Press, 1972.
41. Hervada, Javier, *Cuatro lecciones de Derecho Natural*, 4ª. Edición, Pamplona, EUNSA, 1998.

42. Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 3ª. Edición, México, Minos, 2004.
43. Hugón, Eduardo O. P., *Las veinticuatro tesis tomistas*, 3ª. Edición, México, Porrúa, 1990.
44. Junco, Alfonso, *Controversia con don Antonio Caso*, México, Jus, 1955.
45. Kaplan, Marcos, *Revolución tecnológica, Estado y Derecho*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993.
46. Landsberg, *La Edad Media y Nosotros*, Madrid, 1925.
47. Lindsay, A. D., *El estado democrático moderno*, (traducción) Vicente, Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1945.
48. López de Lara, Guillermo, *Ideas tempranas de la política social en indias apología de los indios bula de la libertad*, México, Jus, 1977.
49. Maritain, Jaques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Héctor F. Miri, Colección Orfeo, Buenos Aires, Editorial Nueva Buenos Aires, 1943.
50. Márquez Ruiz, José, *Comienzo y fin de la personalidad*, España, Noticias Jurídicas, 2004.
51. Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Rodolfo Vázquez Compiladores. *Jueces y Derecho Problemas Contemporáneos* Editorial. Porrúa, México, 2004.
52. Ortiz Urquidi, R., *Derecho civil*, México, Porrúa, 1982.
53. Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil.*, 9ª. Edición, México, Oxford, 2006.
54. Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2ª. Edición, México, Oxford University Press, 2002.
55. Pásara, Luis, *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, Unan. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
56. Pallares, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 23ª. Edición, México, Porrúa, 1997.
57. Plainol, M. y G. Ripert, *Derecho civil*, Tomo XIII, México, Harla, 1997.

58. Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2ª Edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
59. Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.
60. Recasens Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1972.
61. Rentería, Adrián, *Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad*, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2ª. Edición, México, Fontamara y Universidad Autónoma de Chihuahua, 2002.
62. Rodríguez Prats Juan José, *La política del derecho en la crisis del sistema mexicano*, 2ª. Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México 1992.
63. Royo Marín Antonio, O.P., *Teología moral para seculares*, México, BAC, 1956.
64. Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 1972.
65. Sánchez Ruiz, Pedro, *Nacimiento grandeza, decadencia y ruina de la nación mexicana*, Tomo I, México, Honor y Fidelidad, 2005.
66. Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho como criterios del Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2004.
67. Saldaña Serrano, Javier, *Ética judicial virtudes del juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
68. Sergio T. Azúa Rey es, *Los Principios Generales del Derecho.*, editorial, Porrúa a. 1998.
69. Sertillanges, A. D. O.P., *Las fuentes de la creencia en Dios*, Madrid, Litúrgica Española, S.A., 1943.
70. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Código de ética del Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2007
71. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Introducción a la retórica y la argumentación*, 4ª. Edición, México, 2007.

72. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las pruebas en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Colección Figuras procesales constitucionales, 3, México, 2005.
73. Taparelli, Luis, *Curso elemental de Derecho Natural*, "Todo derecho humano nace de un hecho sometido a las leyes del orden", 1875.
74. Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1999.
75. Zavala, Silvio, *Recuerdo de Vasco de Quiroga*, 2ª. Edición aumentada, México, Porrúa 1987.

ARTÍCULOS

1. Bobbio, N., *Consideración in margine*, Rivista di Fiosofia, 1986.
2. Gustav Radbruch, *El espíritu del Derecho inglés*, Revista de Occidente, Madrid, (Traducción de Fernando Vela), 1958.
3. Ellacuría, Ignacio, *Derechos Humanos en una Sociedad Dividida*, México, Christus, Núm. 527, octubre de 1979.
4. Saldaña Serrano, Javier, *Los principios jurídicos a través de las regulae iuris*, Revista *Ars Iuris*, Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, número 31, México, 2004.
5. Zorrilla, Jorge Alberto, *Apuntes de Derecho Procesal*, 2003.

DICCIONARIOS

1. *Diccionario enciclopédico de la fe católica*, Trad. Pedro Zuloaga y Carlos Palomar, Jus 1953.
2. *Enciclopedia Salvat*, Salvat, Editores, Tomo 12, 1971.

3. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Diccionario jurídico mexicano*, T. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Porrúa/UNAM, 1995.
4. Valadés, Diego, *Diccionario jurídico mexicano*, Tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000
5. Zuloaga, Pedro y Palomar, Carlos, (Traductores), *Diccionario enciclopédico de la fe católica*, México, Jus, 1953.

Recursos Electrónicos

1. Quinta Época Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: III, Administrativa, P.R. TCC, Tesis: Aislada, Materia: Común, Civil. Registro: No. 355408.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]
2. Quinta Época Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice 2000, Tomo: VI, Común, P.R. SCJN, p. 104, Tesis: 126, Tesis Aislada, Materia: Común. Registro: No. 918289.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]
3. Quinta Época Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: L, p. 283, Tesis Aislada, Materia: Constitucional. Registro: No. 360193.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]
4. Quinta Época Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXX, p. 1856, Tesis Aislada, Materia: Civil, Común. Registro: No. 385154.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]
5. Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VIII, Noviembre de 1991, Tesis Aislada, Materia: Común. Registro: No. 221278.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

6. Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Apéndice 2000, Tomo: XII, p. 465, Tesis: 499, Tesis: Aislada, Materia: Administrativa. Registro: No. 912064.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]
7. Octava Época Instancia: Pleno Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Tomo: 60, Diciembre de 1992, Tesis: P. CII/92, p. 29, Tesis Aislada, Materia: Constitucional. Registro: No. 205598.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/TesisAisladas/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]
8. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: IIII, 2a. parte-3, enero-junio de 1989 Tesis: 197, pp. 573-574. Materia: Común.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/TesisAisladas/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]
9. Novena Época Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIV, Agosto de 2001, Tesis: 2a. CXXVIII/2001, p. 227, Tesis Aislada, Materia: Constitucional. Registro: No. 189108.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]
10. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIV, Agosto de 2001, Tesis: VII.2o.C.78 C, p. 1175, Tesis Aislada, Materia: Civil. Registro: No. 189219.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]
11. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XV, Marzo de 2002, p. 1428, Tesis: I.4o.A.340 A, Tesis Aislada, Materia: Administrativa. Registro: No. 187430.
<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]
12. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XX, Octubre de

2004, Tesis: I.4o.A.438 A, Tesis Aislada, Materia: Administrativa. Registro: No. 180322.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/TesisAisladas/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

13. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXII, Septiembre de 2005 Tesis: I.4o.A.59 K Página: 1431 Materia: Común. <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/TesisAisladas/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

14. Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXII, Noviembre de 2005, Tesis: 1ª. CXXXVIII/2005, Tesis Aislada, p. 40. Materia: Constitucional. Registro: No. 176705.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/TesisAisladas/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

15. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXII, Septiembre de 2005, Tesis: I.4o.A.59 K, p. 1431, Tesis Aislada, Materia: Común. Registro: No. 177342.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

16. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXIII, Mayo de 2006, Tesis: P. CII/92, p. 1795, Tesis Aislada, Materia: Administrativa. Registro: No. 175057.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

17. Novena Época Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXV, Enero de 2007, Tesis: 1a./J. 97/2006, p. 231, Tesis Jurisprudencia, Materia: Constitucional, Administrativa. Registro: No. 173569.

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/> [en línea], [Consulta: Mayo 2008]

18. Radbruch, Gustav, *El espíritu del Derecho inglés*, Revista de Occidente, traducción de Fernando Vela, Madrid, 1958
19. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tercera Sala, t. LV, p. 2642; CD-ROM IUS: 357113.
20. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, T. X, Noviembre de 1999, Tesis P. LXXVII/99, p. 46; CD-ROM IUS: 192867.